



ISSN 2236-501X

Águia

Revista Científica
da FENORD

V. 04, 2014

2014. v. 04. ISSN 2236-501-X

ÁGUIA

REVISTA CIENTÍFICA DA FENORD

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Teófilo Otoni

Águia: Rev. Científica FENORD	Teófilo Otoni	v. 04	228 p.	2014
-------------------------------	---------------	-------	--------	------

Águia Revista Científica da FENORD

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

As opiniões emitidas em artigos são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Rua Teodolindo Pereira, 111
CEP 39800-151 Teófilo Otoni MG Brasil
Telefone: 33 3522 2745 – www.fenord.edu.br
aguia@fenord.edu.br

Revisão gramatical: Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli
Geraldo Barbosa do Nascimento

Revisão bibliográfica: Maria José Pereira Cordeiro

PEDE-SE PERMUTA
PIDEJE CANJE
MAN BITTET UM AUSTAUSCH
WE ASK FOR EXCHANGE
ON DEMAND L'ÉCHANG
SI RIQUIERE LO SCAMBIO

Águia: Revista Científica da FENORD / Fundação Educacional
Nordeste Mineiro. v. 1 (2011-). – Teófilo Otoni : FENORD, 2014.

Periodicidade: semestral

ISSN 2236-501X

1. Ciências Humanas 2. Ciências Sociais e Aplicadas 3. Direito 4.
Administração I. Periódicos II. Fundação Educacional Nordeste Mineiro.

CDU 34:658

Elaboração: Maria José Pereira Cordeiro - CRB/6-1945

2014. v. 04. ISSN 2236-501X

ÁGUA
REVISTA CIENTÍFICA DA FENORD

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Teófilo Otoni

Água Revista Científica da FENORD

DIRETOR EXECUTIVO

Ronaldo Pereira Lins

COORDENADOR GERAL IESI/FENORD

Gustavo Alves de Castro Pires

COORDENADORA DO NIC

Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Me. Alisson Silva Martins (FENORD)

Prof. Me. Giuliano Fernandes (UNIFEMM)

Prof. Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli (FENORD)

Prof. Geraldo Barbosa do Nascimento (FENORD)

Prof. Gustavo Alves de Castro Pires (FENORD)

Prof. Me. Hálisson Rodrigo Lopes (FENORD)

Bibliotecária Maria José Pereira Cordeiro (FENORD)

Prof. Me. Maria Thereza Nóbrega Pereira Teixeira (FENORD)

Prof. Dr. Mauro Augusto dos Santos (UFMG)

Prof. Dr. Rosângelo Rodrigues de Miranda (PUC-SP)

Profa. Dra. Sueli Siqueira (UFMG)

Prof. Me. Weber Bezerra Novais (FENORD)

EDITORIAL

O projeto da revista *Águia* é fruto do planejamento institucional que, investindo no Núcleo de Iniciação Científica, criado em 2010, percebeu que não bastava fomentar a pesquisa no processo de ensino aprendizagem, sendo de igual importância a divulgação dos resultados. Todas essas ações deixam evidente a preocupação do IESI/FENORD em reforçar a tríade básica norteadora da Educação Superior, que é o ensino, a pesquisa e a extensão.

Criada em 2011, a revista científica da FENORD, *Águia*, vem se consolidando de forma gradativa, com vistas ao seu objetivo maior que é o estabelecimento de um diálogo fértil entre as diversas áreas do Direito, das Ciências Humanas e das Ciências Sociais aplicadas. Dessa forma, busca-se constantemente a divulgação do conhecimento científico, ao mesmo tempo em que se estimula a prática da pesquisa e da reflexão como pressupostos para a construção de problematizações que por certo fomentarão novas produções.

O IESI/FENORD entende que a aceitação desta revista é fruto do compromisso dos pesquisadores com a qualidade dos artigos publicados e investe em uma comunidade responsável e consciente da necessidade de se empreender esforços que possam promover o desenvolvimento regional e nacional.

Considerando que a proposta da Revista *Águia* é abrir para a pluralidade de pesquisas e ampliar o quadro de colaboradores, tanto dentro da FENORD, como por meio de trabalhos vindos de fora, este periódico, a partir deste volume passará a ser semestral.

A você leitor está entregue o quarto volume da revista *Águia*, na qual são apresentados artigos atuais que trazem importantes objetos de estudo, como o Aborto Eugênico, a Eutanásia, a Terceirização Trabalhista, a Prisão Preventiva, violência e outros mais. Acreditamos que todas pesquisas aqui apresentadas se constituem importantes contribuições da academia às questões prementes de uma sociedade em transformação.

Boa leitura!

Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli

Editora Chefe do Conselho Editorial

SUMÁRIO

ABORTO EUGÊNICO: A BUSCA PELA SOCIEDADE PERFEITA8

MARCIANO ROGÉRIO DA SILVA

TAYNAN QUINTANA DO AMARAL

ANÁLISE DO DISCURSO E TERRITORIALIDADE EM
“FAROESTE CABOCLO”33

CIBELE MARIA DINIZ FIGUEIRÊDO GAZZINELLI

A ESTRADA DE FERRO BAHIA-MINAS E A ECONOMIA
REGIONAL51

WEBER BEZERRA NOVAIS

A MARCA DA DIFERENÇA NO VIÉS DO AMPARO LEGAL AO
TRABALHADOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA.....69

GISLENE DRUMOND FROEDE

ANDRÉ LUIZ PERUHYPE MAGALHÃES

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA EUTANÁSIA EM FACE DO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA.....93

VICTOR LINS ROMANO ESTEVES

HESSEN HANDERI DE LIMA

A PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
.....127

HÁLISSON RODRIGO LOPES

A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA.....147

THAIS CHAVES COSTA

FLÁVIO PRATES BITENCOURT

O ACÚMULO DE CARGOS, EMPREGO E FUNÇÃO PÚBLICA À
LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....170

FLÁVIO HENRIQUE SALOMÃO NETO

PRISÃO PREVENTIVA CONVERTIDA E SEU
ASPECTOTRIDIMENSIONAL.....198
GYLLIARD MATOS FANTECELLE

VIOLÊNCIA: UMA BUSCA DE SOLUÇÃO.211
GERALDO BARBOSA NASCIMENTO

ABORTO EUGÊNICO: A BUSCA PELA SOCIEDADE PERFEITA

Marciano Rogério da Silva¹
Taynan Quintana do Amaral²

RESUMO

O aborto eugênico é objeto de estudo extremamente novo visto que foi colocado em pauta em virtude dos avanços da medicina, da exposição do direito de escolha da mulher sobre seu corpo tão em voga e da inserção dessa modalidade de abortamento no projeto do novo Código Penal. Desde então o assunto tornou-se algo a ser mais debatido, tendo em vista que se trata de uma forma de discriminação e tende a retomar a tragédia eugênica do Holocausto. O texto apresentado se propôs às comparações necessárias sobre o tema e suscitou os riscos que uma possível liberação do aborto eugênico pode trazer para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE

Aborto eugênico, eugenia, Holocausto.

ABSTRACT

The eugenic abortion is an extremely new object of study since it was put on the agenda in virtue of medical advancement, the exposure of women's right to choose on your body as in vogue and inserting this type of abortion in the design of the new Penal Code. Since then it has become something to be debated, given that it is a form of

¹ Mestrando pela Faculdade Unida de Vitória/ES. Especialista em Direito Processual Civil e Penal pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Professor titular de Direito Penal no Instituto de Ensino Superior(IESI) Fundação Educacional do Nordeste Mineiro - FENORD.

² Graduada em Direito (2013) pelo Instituto de Ensino Superior Integrado(IESI)-FENORD- Fundação Educacional do Nordeste Mineiro.

discrimination and tends to resemble the eugenic tragedy of the Holocaust. The proposed text submitted the necessary comparisons on the topic and raised the risks that a possible legalization of eugenic abortion can bring to society.

KEYWORDS

Eugenic abortion, eugenics, holocaust.

INTRODUÇÃO

Os capítulos a serem tratados neste trabalho têm a intenção de apresentar um tema de grandes controvérsias no mundo jurídico, tanto pela sua polêmica, quanto pela sua importância para a sociedade.

Em um primeiro momento, considerando que o trabalho tende a comparações, apresentou-se a fase histórica, que consiste nos acontecimentos do Holocausto, das mortes de seres julgados imperfeitos, para que se formasse uma raça perfeita, reputando as diferenças como ameaça.

Em seguida, apontou-se os conceitos que foram utilizados para a pesquisa, conceitos esses que trataram do tema e nortearam o assunto.

Por consequente, tratou de receber em seu bojo todo o contexto jurídico dos argumentos tratados a favor e contra o aborto eugênico, bem como da apresentação do que propõe o projeto do novo Código Penal.

Por fim, chegou-se às possíveis intervenções para o problema do aborto eugênico e a busca da sociedade perfeita. Comparou-se um fato histórico com o que está acontecendo na atualidade e demonstrou-se que está havendo um retrocesso na humanidade.

EUGENIA E HOLOCAUSTO

O objetivo da nossa luta deve ser o da garantia da existência e da multiplicação de nossa raça e do nosso povo, da subsistência de seus filhos e da pureza do sangue, da liberdade e independência da Pátria, a fim de que o povo germânico possa amadurecer para realizar a missão que o criador do universo a ele destinou. (HITLER, 1934, p.202-203).

Essas palavras foram escritas em um livro autobiográfico de Adolf Hitler, datado de 1925, enquanto este se encontrava preso por uma tentativa frustrada de golpe. A obra tornou-se o “livro de cabeceira” de todo alemão, era um ótimo presente de casamento, visto que todos deviam ter conhecimento acerca do seu conteúdo racista.

O pensamento eugênico moderno utilizado por Hitler teve origem na segunda metade do século XIX, através das ideias de Francis Galton, que se baseou na obra “Origem das Espécies”, de seu primo Charles Darwin (DIWAN, 2007).

Francis usou a seleção natural pensada por Darwin para dar início à busca pela melhoria da raça humana, o que impulsionou os ideais sobre a superioridade da raça ariana.

De acordo com os estudos de Galton, o fato de a elite, depositária dos melhores caracteres, procriar menos que a classe pobre, portadora de caracteres degenerados, foi uma constatação que gerou indignação por vários anos em sua vida (DIWAN, 2007, p. 42).

Antes mesmo da morte de Galton, em 1911, a eugenia já tinha *status* de ciência e foi ganhando adeptos em todo o mundo. Chegou, então, ao poder e foi utilizada como a arma de uma política de discriminação racial e limpeza étnica em muitos países.

Muito antes da ascensão do nazismo, a eugenia foi legalizada em países de tradição democrática. A primeira lei de esterilização, por exemplo, foi implantada nos Estados Unidos, em 1907. Centenas de milhares de esterilizações foram realizadas no mundo todo sob o argumento da melhoria da raça (DIWAN, 2007, p. 47).

A eugenia criada por Galton era positiva porque pretendia o desenvolvimento de programas educacionais que incentivassem a reprodução consciente de casais saudáveis, “bem dotados biologicamente”, e desencorajassem a reprodução por casais com caracteres supostamente “inferiores”; já a eugenia negativa, visava prevenir os nascimentos de pessoas “indesejáveis”, nos aspectos biológico, psicológico e social.

A eugenia negativa postulou que a inferioridade é hereditária e a única maneira de “livrar” a espécie da degeneração seria através da esterilização eugênica (consentida ou não); da segregação eugênica (por exemplo, o confinamento em sanatórios); das licenças para realização de casamentos e das leis de imigração restritiva. Por definição, a eugenia negativa prevê também métodos como a eutanásia, o infanticídio e o aborto (DIWAN, 2007, p. 50).

O ideal eugênico na Alemanha estava diretamente ligado com a ascensão de Hitler ao poder, em janeiro de 1933, ano em que o regime nazista começou, já com a aprovação de 42 leis que restringiam o direito dos judeus-alemães de ganharem o sustento, gozarem de cidadania plena e se educarem (GILBERT, 2006).

Hitler, ao liderar o nazismo, dedicou-se a propagar a ideia de superioridade biológica da raça ariana (a que pertenceria o povo alemão) e para que isso acontecesse, era necessária a exterminação de judeus, eslavos, ciganos e negros. Mas além da eliminação dessas raças, era preciso que se extinguissem, também, os considerados "doentes incuráveis": homossexuais, epiléticos, esquizofrênicos, retardados, alcoólatras etc.

Em 1935, foram promulgadas mais 29 leis discriminatórias, dentre elas, a "Lei para a defesa do sangue e da honra" (as "Leis de Nuremberg"), a qual proibia união matrimonial e relações extraconjugais entre judeus, ou outros grupos étnicos, e "alemães de sangue puro", os arianos. Eram punidos os arianos que começavam a se relacionar com judeus, sem antes conhecer seu parentesco (GILBERT, 2006).

Para a justiça alemã, esses relacionamentos eram considerados crimes raciais, por atentarem contra as gerações futuras, sendo punidos de forma mais grave que o crime de homicídio.

Entre 1933 e 1939, quando foi iniciada a Segunda Guerra Mundial pela Alemanha, a política oficial do nazismo era excluir radicalmente os judeus da vida econômica, social e cultural alemã e forçar a sua expulsão do país. Para isso, cerca de 400 leis e decretos anti-judaicos foram impostos. Além do serviço público, os judeus foram excluídos das profissões liberais, das artes, do cinema, rádio, teatro, das escolas públicas, universidades, dos esportes, das organizações culturais e profissionais e cargos de direção em empresas. (CYTRYNOWICZ, 1990, p. 19).

Começou-se a achar, então, que a simples exclusão/expulsão dos judeus da Alemanha não passava de um paliativo, que não resolvia o problema da mistura de raças, pois outros países sofreriam com esses “inferiores”. Hitler cria que, ao extirpar os judeus da face da Terra, estaria fazendo um favor à humanidade inteira e não somente à suposta supremacia ariana.

O discurso, a linguagem de Hitler era carregada de imagens de doença, infecção, infestação, putrefação, pestilência. Ele comparava o cristianismo e o bolchevismo à sífilis e à peste, falava dos judeus como bacilos, micróbios da decomposição de vermes. “A descoberta do vírus judaico”, disse a Himmler em 1942, “foi uma das grandes revoluções que tiveram lugar no mundo. A batalha em que estamos empenhados hoje é semelhante à que tratavam, no século passado, Pasteur e Kock. Quantas doenças têm sua origem no vírus judaico... Só recobramos a saúde eliminando o judeu”. Em outubro do mesmo ano, Hitler proclamou: “Exterminando a peste estaremos servindo à humanidade” (BURMAN, 1998, p. 93).

Os nazistas julgavam à época que, exterminar pessoas com deficiências físicas ou mentais, através do “assassinato de misericórdia”, criar uma raça que fosse superior, por meio da fertilização de mulheres por homens (ambos racialmente superiores), bem como aniquilar os judeus (tratado como procedimento sanitário), era tudo uma questão de administração racional da sociedade.

Hitler acreditava realmente em uma raça vindoura, pura e perfeita, com os melhores e mais “belos” seres, sem defeitos físicos ou mentais:

“A criação ainda não está completa”, disse ele. “O homem atingiu um estágio de definitiva metamorfose.

A antiga espécie humana já está em declínio, apenas sobrevive. A humanidade sobe um degrau a cada setecentos anos, e o objetivo final é a vinda dos Filhos de Deus. Todas as forças criativas se concentrarão nas novas espécies... Serão infinitamente superiores ao homem moderno. Entende agora o significado profundo do Movimento Nacional-Socialista? Quem encara o Nacional-Socialismo como apenas um movimento político não conhece muita coisa sobre o assunto” (PENNICK, 1994, p. 145-146).

Durante o nazismo foram usados vários métodos de destruição em massa para se alcançar o objetivo da “raça pura”: fuzilamentos e tiros na nuca, caminhões/câmaras de gás móveis com escapamento voltado para dentro da carroceria, injeções de veneno... até chegarem aos campos de extermínio, onde o genocídio foi um processo industrial na morte de 6 milhões de judeus (TOGNOLLI, 2006).

Nos campos de extermínio, os judeus chegavam sem saber de seus destinos, os médicos decidiam quem iria direto para as câmaras de gás e quem ficaria para o trabalho forçado. A conversa entre as pessoas que estavam lá e quem acabara de chegar era terminantemente proibida, quem tentasse estabelecer contato era espancado até a morte.

Desde a chegada dos judeus ao campo até a asfixia nas câmaras de gás, todas as ações dos nazistas eram feitas seguindo uma rotina burocrática minuciosa. Os guardas, apesar da constante violência, comportavam-se como se os judeus realmente fossem trabalhar no campo. Nas construções, nada indicava que existiam ali câmaras de gás (CYTRYNOWICZ, 1990, p. 91).

Tudo era feito na maior naturalidade, todo o processo de assassinato era preparado e executado como se fosse uma atividade

cotidiana. Os nazistas pensavam que estavam fazendo o melhor que podiam, pois estavam eliminando a vida de quem não merecia viver, por não pertencer à “raça perfeita”.

O Holocausto trouxe para a humanidade um histórico de muitas mortes infundadas, por assim dizer, para o pensamento que se tem sobre o acontecido. Percebe-se, enfim, que tudo não passou de discriminação a pessoas que sequer provocaram todo o sofrimento a elas causado. É aí que se aloja a eugenia, no fato de se pretender eliminar uma raça, para que outra se sobreponha, como se fosse possível dizer que uns são melhores que outros e como se pudesse escolher um ser humano, em meio a tantos, que ficasse responsável para discernir sobre quem é o melhor e, portanto, merece viver.

ABORTO EUGÊNICO E O DIREITO

O DIREITO À VIDA

O Ministro Ayres Britto, em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, que tratava sobre o art. 5º, da Lei de Biossegurança³ (BRASIL, 2005), asseverou:

³ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

Por este visual das coisas, não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino. Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de cromossomos) para a formação da unitária célula em que o zigoto consiste. Tao como se dá com a desconcertante aritmética do amor: um mais um, igual a um, segundo figuração que se atribui à inspirada pena de Jean Paul Sartre (BRITTO, 2010, p. 60-61).

A doutrina penal considera que o aborto é proibido desde o início da gravidez. Nas visões biológica e genética, a formação de um novo ser tem seu ponto de partida com a fecundação do óvulo com o espermatozoide (MALUF, 2010).

Dessa forma, a interpretação penal sobre o momento da morte do feto não deixa dúvidas de que, a partir do momento em que houve concepção, a criança que há de se desenvolver no útero materno tem pleno direito à vida.

Tanto é assim que o aborto foi elencado no rol dos crimes contra a vida, ressaltando o feto como um ser vivo.

No mesmo julgado, porém no voto proferido pelo Ministro Menezes Direito, José Afonso foi citado em uma explicação sobre a vida:

“Vida”, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

incessantemente, sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que mude de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida (DIREITO, 2010, p. 125).

Doutrinadores jurídicos, ao explicarem o *caput* do art. 5º da Constituição Federal, esclarecem que o direito à vida é fundamental, indisponível, irrenunciável e inviolável, transformando a vida em bem jurídico por excelência; ditando ainda, que todos são iguais perante a lei, não podendo haver distinção da vida de um adulto ou de alguém que está para nascer.

O Código Civil traz na primeira parte do seu art. 2º que a personalidade civil começa com o nascimento com vida. Por esse trecho, poder-se-ia alegar que o feto não possui qualquer direito porque ainda não nasceu.

Entretanto, segundo Pontes de Miranda (1954) *apud* (CARVALHO, 2009, p. 28): “se A possui direitos, ainda que só o direito B, A é pessoa porque, a posse do direito B já é em si atribuição de personalidade”.

Essa fala de Pontes de Miranda condiz com o que está escrito na segunda parte do mesmo art. 2º, do CC/02: “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do ‘nascituro’”. O renomado doutrinador alega que como ao nascituro são preservados direitos (sendo o primeiro à vida), desde a sua concepção, isso nos mostra que o feto é pessoa em si.

Na legislação internacional, cita-se o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos que, em seu art. 2º veda qualquer discriminação entre os seres humanos e no art. 3º, trata que todo indivíduo tem direito à vida.

Ao não fazer distinção entre os seres humanos e tratá-los posteriormente como indivíduos, percebe-se que o documento deixa expressa a generalização pretendida, sem que fosse restringido a uns ou outros o direito primeiro, fazendo com que tanto o adulto, quanto a criança ainda não nascida tenham total e completo direito de viver.

Também o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 4º, protege e exige que seja protegido por lei, o direito à vida, desde a concepção.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, em seu art. 6º, inc. I, estabelece ser o direito à vida inerente à pessoa humana e que ninguém poderá ser privado de sua vida de forma arbitrária.

Já o Código de Ética Médica, traz no capítulo I, inciso VI, que o médico deve ter absoluto respeito pelo ser humano, não podendo usar seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

Os exames pré-natais são realizados para que os médicos expliquem aos pais qual é a situação dos filhos, para que possam se preparar para os cuidados necessários e não para que possam matar a criança. Até porque os diagnósticos podem ser falhos, não há garantias indubitáveis quando se trata de uma vida em formação, e com os avanços da medicina, tratamentos podem ser feitos ainda intrauterinos.

O art. 8º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, assegura à gestante o atendimento pré e perinatal a ser realizado pelo Sistema único de Saúde. O §4º do mesmo artigo ainda coloca sobre o poder público a responsabilidade de proporcionar a assistência psicológica à mãe nos períodos pré e pós-natal, inclusive em casos de se optar pela entrega da criança à adoção.

Assim, o poder público deve se atentar para os cuidados de que a criança e sua família necessitam para que os problemas sejam amenizados e não se tome a decisão trágica pelo fim da vida de alguém. Não cabe somente aos pais a responsabilidade sobre uma vida, mas também ao Estado, de cuidar e proteger os seres humanos.

O que se põe em contradição a essa devida igualdade do direito à vida entre o já nascido e o nascituro é a antinomia de valoração das penas para os crimes de homicídio (art. 121, CP - reclusão, de seis a vinte anos), infanticídio (art. 123, CP – detenção de dois a seis anos) e aborto (art. 124, CP - detenção, de um a três anos).

De certo que um feto ou um recém-nascido são incontestavelmente mais indefesos que um adulto. O mais sensato, por consequência, seria que a morte de um incapaz de pressentir a agressão e de esboçar qualquer defesa, tivesse punição mais agravada que aquele que tem a potencial possibilidade de se proteger ou rechaçar o mal injusto.

Nelson Hungria, citado por Nucci(2013), trata dessa diferença que há, ao se proteger o mesmo bem jurídico:

É suficiente a vida; não importa o grau da capacidade de viver. Igualmente não importam, para a existência do homicídio, o sexo, a raça, a nacionalidade, a casta, a condição ou valor social da vítima. (...) O próprio monstro (abandonada a antiga distinção entre *ostentum* e *monstrum*) tem sua existência protegida pela lei penal (NUCCI, 2013, p. 672).

Em suma, não importa quando a vida tem início, mas que o nascituro possui esse direito, o qual deve ser respeitado ainda que o feto tenha má-formação.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O art. 1º, III da Carta Magna traz em seu bojo a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, como um valor supremo na ordem jurídica.

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada da seguinte forma:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (SARLET, 2001 *apud* GUERRA e EMERIQUE, 2006, p. 382).

O princípio em tela está no centro da ordem jurídica brasileira, uma vez que ele concebe a valorização da pessoa como razão fundamental para a estrutura da organização do Estado e para o Direito.

A finalidade deste princípio é impor o dever de abstenção e, ao mesmo tempo, o de condutas positivas tendentes a efetivamente proteger a pessoa. O Estado deve respeitar, salvaguardar e promover condições que viabilizem a vida com dignidade.

A dignidade é garantia de todo e qualquer ser humano, não podendo haver distinção (assim como tratado no direito à vida), sendo inalienável e irrenunciável, sendo o nascituro um ser humano, não lhe pode ser negado esse direito.

Alexandre de Moraes conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa humana, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2005, p. 16).

O ser humano é sujeito de direitos. Isto posto, não se pode admitir que o nascituro, que é um ser humano, seja equiparado a um objeto, tendo seus direitos fundamentais suprimidos por outrem, não podem ser mortos em virtude da vontade alheia, pura e simplesmente.

O DIREITO DE ESCOLHA DA MULHER

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal também garante a todos o direito inviolável à liberdade.

Defensores do aborto se utilizam desse dispositivo para argumentar que a mulher tem total liberdade para dispor de seu corpo, alegando que o feto faz parte dele e que é a mãe quem escolhe sobre o querer ter ou não um filho. Daniel Sarmiento é um dos autores que defende essa posição:

Por outro lado, é importante repisar que o fato da gestação desenvolver-se no interior do corpo feminino tem particular relevância. Se o direito à privacidade

envolve o poder de excluir intervenções heterônomas sobre o corpo do seu titular, é difícil conceber uma intrusão tão intensa e grave sobre o corpo de alguém, como a imposição à gestante de que mantenha uma gravidez, por nove meses, contra a vontade. Como ressaltou Ronald Dworkin, “uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja, não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação da liberdade” (SARMENTO, 2010, p. 131).

Esses argumentos não podem ser considerados incontestáveis, uma vez que o direito de escolha da mulher não pode se sobrepor ao direito à vida e à dignidade humana do nascituro.

Certo é que não existe direito absoluto, porém o direito à vida é sem dúvidas mais relevante que o direito sobre o próprio corpo.

Ademais, a partir do momento em que há a junção do gameta feminino com o gameta masculino, está formada uma nova pessoa, com carga genética única e, portanto, independente da mãe. A criança só utiliza o corpo materno enquanto se constitui por completo para poder se manter fora do útero, mas isso não é ser parte do organismo materno, é simplesmente um tempo de utilização do corpo.

Ainda que o feto esteja usando o corpo da mãe, isso não lhe dá o direito de matá-lo, visto que não se trata de um intruso, pois o nascituro está no lugar onde deveria estar até se formar completamente e ser expulso naturalmente para a vida extrauterina.

A psicóloga Renate Jost de Moraes defende que o feto não é um prolongamento do corpo da mãe, mas um ser independente desta, não podendo ter seus direitos eliminados:

De momento que ela esteja grávida, a criança já não é o corpo da mãe, mas um novo ser, e com direitos mais fortes que os de sua mãe. Pois se a mãe pede “direito

sobre o livre uso do corpo” essa criança clama, nesse instante, pelo “direito de ser e viver”! (MORAES, 2007, p. 188).

É inconcebível que uma imperfeição em um bebê seja motivo suficiente para a morte de um ser humano que não pode opinar ou se defender da atrocidade de sua morte.

O ABORTO EUGÊNICO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL

O projeto proposto para um novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012) vai continuar trazendo o aborto como crime.

Entretanto, haverá duas causas a mais de excludentes de ilicitude (além de quando há risco à vida ou à saúde da gestante e se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual), quais sejam: em caso de emprego não consentido de técnica de reprodução assistida e quando houver quadro de anencefalia comprovada ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que o impeça de sobreviver fora do útero (vida extrauterina), em ambos os casos atestado por dois médicos.

Percebe-se que a hipótese de autorização do feto anencefálico não envolve casos em que a criança tem deformações, mas consegue viver fora do útero materno. Todavia, o projeto de lei ainda propõe a possibilidade de interrupção da gestação, até a 12ª semana, por vontade de gestante, quando for atestado (por médico ou psicólogo) que ela não tem condições psicológicas de ser mãe (arcar com a maternidade), estando este caso inserido no aborto eugênico, uma vez que qualquer má-formação vai virar motivo básico para abalar uma mãe.

Nucci acredita que:

Abalos psicológicos não podem ser causa para a interrupção da gestação, mesmo porque a medicina evolui a passos largos dia após dia, o que significa que a perspectiva de vida e de cura pode alterar-se a qualquer instante (NUCCI, 2013, p. 672).

Em caso de aprovação do projeto, será muito mais simples abortar uma criança, uma vez que sonhar com um filho “perfeito” e gestar um “monstro” será considerado, para qualquer mulher, ausência de condições psicológicas para criar este bebê. Será praticamente como liberar o aborto eugênico, só que de uma maneira implícita, para a população não achar que o intuito é o de uma sociedade “perfeita”, onde os “diferentes” merecem ser descartados.

Não se pode dizer que alguém tem condições de criar um ser humano, se a própria mãe alegar que não tem. Não será fácil para os médicos defenderem a vida dessa maneira. Abortar será tão mais simples que o mero fato de querer uma menina, ao invés de um menino será motivo o suficiente para que uma mulher alegue que seu psicológico não está preparado para a responsabilidade de um filho indesejado.

Com esse projeto chegará o tempo em que não haverá mais pessoas “diferentes” na sociedade. A eliminação de um ser mal formado não será mais considerada discriminação ou preconceito. Tudo será normal e a sociedade perfeita estará formada.

CONCLUSÃO

O intuito do trabalho foi apresentar um tema, até o momento, pouco analisado. Não existem muitas obras que tratem sobre o aborto

eugênico especificamente, e são poucos os doutrinadores em Direito Penal que aprofundam no tema.

Ademais, como a legislação brasileira proíbe o aborto não enquadrado nos casos expressos, a jurisprudência só traz as situações de anencefalia, assunto este já decidido pelo Supremo, através do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

Com todo o conteúdo apresentado, a pesquisa realizada objetivou evidenciar os riscos a que a sociedade está sujeita, quando haverá um número desproporcional de pessoas de um determinado sexo, porque os pais vão poder escolher; ou um tempo em que não haverá pessoas deficientes físicas ou mentais, porque matá-las é o jeito mais fácil de evitar preocupações para a família; ou ainda, uma época em que as “diferenças” não mais existirão.

Percebe-se facilmente que o preconceito e a discriminação que tanto se tenta combater, como propagandas na mídia com o lema “Ser diferente é normal”, não estão surtindo o efeito a que se propõem, uma vez que o aborto está sendo opção para que os díspares não convivam no meio dos “normais”, sem serem considerados estranhos ou “imperfeitos” e “inferiores”.

É no mínimo perturbador o fato de uma tragédia histórica, que deveria ter ficado em um passado bem distante, remontar à atualidade de forma tão evidente. Com a devida vênia, como é possível impor que o direito sobre o corpo ou o psicológico de alguém seja maior e mais valorado que a vida de outrem?

A eugenia contra os deficientes na época do Holocausto encontrou espaço no século XXI, de forma que a sociedade está sofrendo um gigantesco retrocesso.

O aborto eugênico, visando a evitar o nascimento da criança defeituosa passa a ser a opção mais fácil, rápida e indolor para aqueles que não querem assumir a responsabilidade sobre o feto

gerado. É proferir uma sentença sem antes conferir direito ao contraditório e à ampla defesa, afinal, nesse caso, não se tem como questionar a opinião de quem se está ceifando o direito à vida.

A pesquisa realizada neste trabalho demonstra que erros médicos acontecem, não havendo certeza da inviabilidade de um ser. Demonstra ainda que mesmo com deficiências, as pessoas podem ter vida digna e conviver em sociedade.

Não se pode admitir que o aborto seja a solução mais viável para o problema, pois a adoção seria uma forma da mãe não se responsabilizar após o nascimento e ao mesmo tempo, não haver a destruição de uma vida.

Com isso, prova-se que solução para o dilema do aborto eugênico existe, entretanto, mostra-se mais fácil retirar a vida de alguém a ter que conviver com suas diferenças.

Destarte, o tema não se esgota aqui, demandando mais pesquisas. Além disso, é assunto que deve ser tratado não somente no âmbito familiar, como há tempos se imaginava, mas também pelo poder público, que deve garantir o direito à vida e assegurar que os valores da Carta Magna sejam aplicados.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Luís Sant'Anna de. Banalização da vida. **Visão Jurídica**, São Paulo, n. 07. 40-41.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 05 de set. de 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>
Acesso em: 05 de set. de 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 05 de set. de 2013.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 05 de set. de 2013.

BRASIL. Código de Ética Médica. Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_1.asp> Acesso em: 05 de set. de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>
Acesso em: 05 de set. de 2013.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 236/2012. Institui o novo Código Penal. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 05 de set. de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental 54-8 Distrito Federal. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>>. Acesso em: 05 de set. de 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. Ação direta de inconstitucionalidade: voto na ADI 3.510. **Revista Trimestral de Jurisprudência.** vol. 214,

out./dez. Brasília: STF, 2010. p. 43-310. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/214_1.pdf> . Acesso em: 05 de set. de 2013.

BURMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

CALCUTÁ, Madre Tereza de. **Luta contra o aborto**. Washington , 1994. Disponível em: <http://www.pelafe.net/mtc_aborto.htm>, s.d. Acesso em: 19 de julho de 2013. (Palestra).

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Carolina Queiroz. O aborto eugênico. In: BERTI, Silma Mendes; CARVALHO, Carla Vasconcelos. **Direito privado sem fronteiras**. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2009. p. 25-43.

COIMBRA, Celso Galli. **Andrea Bocelli e o aborto**. Disponível em: <<http://biodireitomedicina.wordpress.com/2010/06/09/andrea-bocelli-e-o-aborto/>> Acesso em: 18 de julho de 2013.

CONTI, Paulo Henrique Burg. **Aborto eugênico: aspectos éticos e jurídico-penais em face da Constituição Federal**. Criciúma: UNESC, 2012.

COSTA RICA. **Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica**. In: Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 05 de set. de 2013.

CROCE, Delton; JÚNIOR, Delton Croce. **Manual de medicina legal**. 6 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

CYTRYNOWICZ, Roney. **Memória da barbárie**: a história do genocídio dos judeus na segunda guerra mundial. São Paulo: Nova Stella; Universidade de São Paulo, 1990.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 05 de set. de 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Ação direta de inconstitucionalidade: voto na ADI 3.510. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. vol. 214, out./dez. Brasília: STF, 2010. p. 43-310.

DIWAN, Pietra. **Raça pura**: uma história da eugenia no Brasil e no mundo. São Paulo: Contexto, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão. Revisão Técnica de Alberto Afonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**. In: Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, XXI, 1966. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>> Acesso em: 05 de set. de 2013.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

FILIPO, Leonardo. **'Coitadinhos'? Com alto rendimento, imagem de atletas paralímpicos muda.** Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/atletismo/noticia/2013/07/coitadinhos-com-alto-rendimento-imagem-de-atletas-paralimpicos-muda.html>> Acesso em: 11 de ago. de 2013. (Entrevista).

FRANCISQUINI, Davi. **Um abismo atrai outros abismos:** investida para ampliação dos casos de aborto no Brasil. Disponível em: <<http://www.fundadores.org.br/principal.asp?categ=2&pag=3&IdTexto=428>> Acesso em: 17 de jul. de 2013.

GALVÃO, Pedro. **A ética do aborto:** perspectivas e argumentos. Lisboa: Dinalivro, 2005.

GILBERT, Martin. **A noite de cristal:** a primeira explosão do ódio nazista contra os judeus. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 7, n. 9, dez., 2006.

HITLER, Adolf. **Minha Luta.** Porto Alegre: Livraria do Globo, 1934.

HORTA, Saulo Amaral. **O aborto eugênico e a ordem constitucional de 1988.** Monografia (Pós Graduação em Direito Civil) - PUC/MINAS, Belo Horizonte, 2003.

LIMA, Sthefany Campos Freire de. **A legalização do aborto do feto anencéfalo.** Monografia de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – DOCTUM, Teófilo Otoni – MG, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito.** São Paulo: Atlas, 2010.

MCMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar**: problemas às margens da vida. Tradução de Jônadas Techio. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MORAES, Renate Jost de. **O inconsciente sem fronteiras**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Idéias & Letras, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13 ed. rev., atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PENNICK, Nigel. **As ciências secretas de Hitler**. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1994.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINEDA, Pablo. **Ator e pedagogo com síndrome de Down relata preconceito e superação**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/08/ator-e-pedagogo-com-sindrome-de-down-relata-rotina-de-preconceito-e-superacao.html>> Acesso em: 18 de jul. de 2013. (Entrevista).

ROSADO, Maria. **Toma posse primeira vereadora espanhola com Síndrome de Down**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2013/07/29/toma-posse-primeira-vereadora-espanhola-com-sindrome-de-down.htm>> Acesso em: 11 de ago. de 2013.

SANTOS, José Augusto. **O aborto**: resultado de algo que nunca foi debatido. Disponível em: <<http://www.ideias-positivas.blogspot.com.br/2010/07/ao-tratar-um-tema-ainda-tao-controverso.html>> Acesso em: 18 de jul. de 2013.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: Estudos de Direito Constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARNEY, José. **Projeto de Lei do Senado, nº 236 de 2012**: Institui novo Código Penal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 05 de set. de 2013.

SMITH, Peter J. **Susan Boyle, quase um aborto!** Disponível em: <<http://joaodeca.blogspot.com.br/2010/10/susan-boyle-quase-um-aborto.html>> Acesso em: 18 de jul. de 2013.

TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto eugênico**: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação. Curitiba: Juruá, 2007.

TOGNOLLI, Cláudio Júlio. Por que não nos livramos dele? **Galileu**, São Paulo, n. 182. p. 30-39, set. 2006.

ANÁLISE DO DISCURSO E TERRITORIALIDADE EM “FAROESTE CABOCLO”

Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli ¹

RESUMO

A territorialidade se dá por meio do discurso, dos valores, das práticas que são escolhidas, disseminadas, inclusive por meio da relação de forças e tensões que se propagam sutilmente, muitas vezes sem que os sujeitos envolvidos tomem plena consciência disso. A Análise de Discurso Crítica é um dispositivo de interpretação que considera as facetas ideológicas nas facetas discursivas. O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma análise discursiva da letra da música “Faroeste Caboclo”, envolvendo para tanto os conceitos de discurso (FAIRCLOUGH), Território e territorialidade (SACK e RAFFESTIN). Como destaque teórico- metodológico escolheu-se o enquadre de Chouliaraki e Fairclough (1999), cujas conjecturas privilegiam o modo como o discurso se insere na vida social. Para tanto, faz-se uma análise do texto, enquanto o objeto de estudo e análise deste trabalho, apresentando também a representação do personagem principal. Em seguida, apresenta-se a visão de território e territorialidade presente na obra, a análise do discurso crítica como instrumental teórico metodológico, abordando as categorias da ADC contempladas no trabalho e por fim a análise discursiva do texto. Pôde-se perceber que toda a narrativa é permeada por inúmeras disputas de território em que, em alguns momentos, o personagem principal tem o domínio territorial, noutros é completamente submisso à dominação alheia.

¹ Professora de Língua Portuguesa e Seminário de metodologia do trabalho científico no IESI/FENORD. Mestranda em Gestão Integrada de Território na UNIVALE.

PALAVRAS-CHAVE

Discurso, Território e territorialidades

ABSTRACT

Territoriality is through the discourse, values , practices that are chosen , disseminated , including through the relationship of forces and tensions that spread subtly , often without the subjects involved should become fully aware of that. A Critical Discourse Analysis is a device of interpretation that considers the ideological facets discursive facets . This paper aims to present a discursive analysis of the lyrics of the song " Western Caboclo " , involving for both concepts of discourse (Fairclough) , Territory and territoriality (SACK and Raffestin) . As highlighted theoretical and methodological picked up the fit of Chouliaraki and Fairclough (1999) , whose guesses emphasize how the speech fits into the social life . Therefore, it is an analysis of the text , while the object of study and analysis of this work , and also provides a representation of the main character . Then , we present the vision of territory and territoriality present in the work , the Critical discourse analysis as a methodological theoretical tools , addressing the categories of ADC contemplated at work and finally the discourse analysis of the text . Could be seen that the whole narrative is permeated by numerous territorial disputes in which , at times , the main character has territorial control , in others it is completely submissive to the domination of others .

KEYWORD

Speech, territory, territoriality.

1. INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, a linguagem se revela como um recurso muito importante para o entendimento e reflexão sobre as ligações entre os aspectos sociais, os culturais e a linguagem. Estudos de linguagem associados a manifestações culturais são importantes para a compreensão de como as organizações discursivas são reveladoras das relações de poder travadas nas diferentes esferas sociais.

Reconhecendo a centralidade do discurso na vida social (FAIRCLOUGH, 1992), o presente estudo destaca a Análise do Discurso Crítica como referencial teórico metodológico por este contemplar não só a análise linguística, mas também a crítica social e o momento sócio histórico em que o discurso está inserido. Assim, a música “Faroeste Caboclo”² retrata, de certa forma, o processo migratório campo-cidade no Brasil da década de 1970 e suas consequências na vida de um nordestino pobre que representa muitos dos discriminados que também acabaram por se envolver no mundo da criminalidade.

O caboclo nordestino retirante sonhava em ir para a cidade grande, nesse caso, Brasília, a capital federal, e conquistar bom emprego e qualidade de vida que a seca não lhe oferecia. Entretanto, a explosão demográfica que também castiga essas regiões gerou desemprego, miséria e fome, o que fatalmente motivou a criminalidade. Dessa forma, Santo Cristo transitou por tudo isso e acabou morrendo em uma fútil disputa pelo território da droga.

² Faroeste Caboclo é uma música de autoria de Renato Russo, lançada pelo grupo Legião Urbana, no álbum, Que País É Este, em 1978. Em 2013, a canção ganhou uma adaptação cinematográfica, dirigida por René Sampaio e com roteiro de Victor Atherino.

Para Sack (1986, p. 20), o território é o resultado das relações sociais. Assim, para haver território é preciso haver delimitação de área, um controle e uma forma de poder, e os resultados do controle e poder dependem de quem está controlando. De outro modo, não existe território sem controle, e a territorialidade é o controle, nas palavras de Sack (1986), a territorialidade é uma estratégia para controlar as pessoas.

A territorialidade também se dá por meio do discurso, dos valores, das práticas que são escolhidos, disseminados, inclusive por meio da relação de forças e tensões que se propagam sutilmente, muitas vezes sem que os sujeitos envolvidos tomem plena consciência disso. Ela também pode ser entendida como a tentativa de um indivíduo ou grupo social de influenciar, controlar pessoas, bens, acontecimentos e relações, demarcando e concretizando o domínio sobre um ambiente. Ela é produto dos envolvimento econômico, político e culturais, por isso, apresenta-se de forma distinta, imprimindo heterogeneidade espacial, paisagística e cultural. Trata-se de uma expressão geográfica do exercício do poder em um determinado ambiente e este é o território (SACK, 1986).

Tendo como base uma perspectiva de estudos integrada e multidisciplinar das diversas nuances que envolvem o território, este artigo objetiva analisar - por meio da Análise do Discurso Crítica - a música "Faroeste Caboclo" (RUSSO, 1978). Para tanto, faz-se uma análise do texto, enquanto o objeto de estudo e análise deste trabalho, apresentando também a caracterização do personagem principal. Em seguida, busca-se apresentar a visão de território e territorialidade presente na obra, para depois apresentar a análise do discurso crítica como instrumental teórico metodológico, abordando as categorias da ADC contempladas no trabalho e por fim a análise discursiva do texto.

2. APRESENTAÇÃO DO *CORPUS*

O texto “Faroeste Caboclo” se configura no gênero “história”, cujo tipo textual predominante é a narração. Pensando no musical, o texto foge do formato padrão, no qual os textos são dispostos em versos- apesar de por vezes a letra ser assim apresentada - livres ou não de rimas, predomínio da subjetividade, musicalidade e a descrição. O texto constitui-se uma narrativa, construção típica dos textos em prosa, apresentando vários elementos linguísticos característicos.

A ordenação dos fatos apresenta um marco temporal passado, com predominância do pretérito imperfeito, o que sugere a apresentação dos acontecimentos em sua duração, enquanto que o emprego do pretérito perfeito estabelece limite na duração do fato apresentado. A presença de marcadores temporais, como “Quando criança”, “e lá chegando”, “Estou indo”, “na sexta-feira”, “Agora o Santo era bandido” apontam para marcos dentro da narração, inclusive a mudança na construção do personagem.

Na narrativa, pode-se também perceber três momentos distintos, marcados pela apresentação do personagem “João de Santo Cristo” e do(s) “espaço(s)” onde vivia – fazenda, igreja e escola. A construção do conflito, a saída do personagem para Salvador e de lá para Brasília, onde trabalhou (muito, até a morte), como carpinteiro e resolve, como o “mestre” buscar riqueza fácil – “sem crucificação”, vira bandido, encontra o amor. O clímax é marcado pelo “tiro pelas costas” e por fim, Santo Cristo morre sem conseguir o que queria: que era “falar com o presidente prá ajudar toda essa gente que só faz sofrer”.

Além desses três momentos distintos, pode-se perceber a construção de um personagem caracterizado como “esférico”, já que

ele apresenta mudanças durante o enredo: “gastar todo dinheiro de rapaz trabalhador”, “começou a roubar”, “Agora o Santo cristo era bandido” e a presença de um narrador que assume um ponto de vista de “fora” das ações, vê o que ninguém tem condições de ver porque “sabe de tudo”, conhece os sentimentos e os pensamentos dos personagens.

3. SOBRE O PERSONAGEM PRINCIPAL JOÃO DE SANTO CRISTO

Segundo Adriani (2002), personagem quase fictício seria aquele que apesar de imaginário, contempla características reais constituintes de uma realidade. Assim é João de Santo Cristo, pois apesar de não possuir materialidade, sua história, ainda que construída em 1979, representa a vida de outros sujeitos, que são como ele, negros, pobres, moradores do sertão nordestino que migram para os grandes centros urbanos, vivenciando uma realidade de discriminação e exclusão social. Nascido em uma fazenda do interior nordestino, João de Santo Cristo vivenciou essa realidade e no texto, pode-se perceber a construção desse personagem marcada pela pobreza e violência: *“Quando criança só pensava em ser bandido Ainda mais quando com um tiro de soldado o pai morreu”, “Aos quinze, foi mandado pro o reformatório/Onde aumentou seu ódio diante de tanto terror”*. Personagem que buscava a compreensão das relações sociais excludentes: *“Não entendia como a vida funcionava/Discriminação por causa da sua classe e sua cor. Ficou cansado de tentar achar resposta”*, e assim, como “herói”, ou “anti-herói”, deixa sua casa em busca de novas perspectivas.

Vai para Salvador e depois para Brasília, local que passa a ser uma fonte de novas relações *“Meu Deus, mas que cidade linda, No Ano-Novo eu começo a trabalhar” “Cortar madeira, aprendiz de*

carpinteiro” e a vislumbrar outras possibilidades de atuação no mundo, começando a projetar sua vida de forma diferente.

Entretanto, o sistema capitalista faz com que ele vivencie uma realidade de exploração, alienação e pobreza *“E o Santo Cristo até a morte trabalhava /Mas o dinheiro não dava pra ele se alimentar”* que o faz buscar melhorias em suas condições econômicas e sociais, já que havia perdido a confiança no sistema político do país- *“ E ouvia às sete horas o noticiário/Que sempre dizia que o seu ministro ia ajudar”*. Dessa forma, volta para criminalidade, é preso e se revolta ainda mais com o sistema e com a sociedade, o que implicou sua constituição como *“Agora o Santo Cristo era bandido/Destemido e temido no Distrito Federal/Não tinha nenhum medo de polícia”*.

Na construção do texto, pode-se perceber o movimento de idas e vindas, pois quando criança era bandido, depois modifica essa condição ao tornar-se carpinteiro e posteriormente retorna à criminalidade. No momento em que conhece Maria Lúcia, *“Foi quando conheceu uma menina/E de todos os seus pecados ele se arrependeu”*- retorna ao seu antigo ofício, almejando a profissão de carpinteiro.

Ao receber uma proposta de um “Senhor de classe”, sente-se revoltado com o tipo de atividade solicitada e nega a aceitá-la, o que resultou numa grave discussão: *“Mas antes de sair, com ódio no olhar, o velho disse: Você perdeu sua vida, meu irmão”*. Nesse momento, o personagem parece se apropriar das palavras ditas pelo coronel, sentindo-se ameaçado ao acreditar que *“Essas palavras vão entrar no coração/Eu vou sofrer as consequências como um cão”*. Em decorrência disso, fica preocupado e *“não foi trabalhar/Se embebedou e no meio da bebedeira/Descobriu que tinha outro trabalhando em seu lugar”*. Tal passagem aponta para o cenário de

trabalho, altamente competitivo, excludente e seletivo, o que também fica sugerido na passagem em que João vai falar com Pablo e enfrenta a presença do concorrente Jeremias “*Mas acontece que um tal de Jeremias, Traficante de renome, apareceu por lá...*”

Apesar de viver na criminalidade, João procurava colocar-se diferente do seu rival, devido ao papel que cada um exercia naquele contexto em que Jeremias era considerado “*Jeremias, maconheiro sem-vergonha/ Desvirginava mocinhas inocentes/Se dizia que era crente mas não sabia rezar...*”

Assim, várias passagens do texto apontam para o caráter paradoxal na construção da identidade de João, que, apesar de viver a criminalidade, apresenta atribuição de valores morais de um homem. Além disso, no encerramento da canção o autor aponta o nobre motivo pelo qual o personagem passou por tudo aquilo “*Ele queria era falar pro presidente/ Pra ajudar toda essa gente que só faz... sofrer*”.

4. VISÃO DE TERRITÓRIO E TERRITORIALIDADE PRESENTE NA MÚSICA FAROESTE CABOCLO

Considerando o sistema capitalista em que estamos vivendo, a música “Faroeste Caboclo” ilustra as relações de poder que configuram os diferentes territórios, construídos socialmente e intencionalmente, bem como o controle exercido por poucos, mediante ações e estratégias que visam ao controle das pessoas e das coisas, pelo controle da área.

"Estou indo pra Brasília / Neste país lugar melhor não há...

Brasília foi criada para ser o melhor lugar, mas um território não se cria a partir de um projeto arquitetônico, mas sim, de relações sociais de poder. Quando a música foi escrita, o Distrito Federal era

considerado um novo território, a perspectiva de um lugar maravilhoso já era um sonho do passado, novos territórios se concretizavam no entorno do plano piloto, porém não era o esperado, não estava no projeto. Conforme afirma Sack (1986), os limites dos territórios não são imutáveis, mudam de acordo com as estratégias e recursos de controle e delimitação do espaço. De outro modo, o poder e o controle estão sob o domínio de poucas pessoas.

“E o Santo Cristo até a morte trabalhava / Mas o dinheiro não dava pra ele se alimentar/ E ouvia às sete horas o noticiário / Que sempre dizia que o seu ministro ia ajudar / Mas ele não queria mais conversa...”

Nas estrofes acima pode-se entender que, por mais que exista uma política formal, a territorialidade responde e é definida de forma informal pela ação centralizadora e definidora do poder. Podemos perceber os conflitos vivenciados pelos personagens que, durante toda a história, deparam-se com situações originadas de uma rede de relações sociais complexas, munidos por sensação de segurança e poder pelos integrantes primários, e fascínio e derrota pelos novos atores do sistema territorial.

Nos versos *“Não entendia como a vida funcionava/ Discriminação por causa da sua classe e sua cor”* podemos perceber o conflito interno vivenciado pelo personagem João de Santo Cristo, diante da conjuntura histórica da formação espacial, onde percebemos a marca impregnada do racismo, fruto da nossa colonização.

A apropriação do espaço aconteceu a partir de formas já existentes, podemos perceber na seguinte estrofe: *“E decidiu que, como Pablo, ele ia se virar e João de Santo Cristo ficou rico / E acabou com todos os traficantes dali. Fez amigos, frequentava a Asa Norte / E ia pra festa de rock, pra se libertar”*. Mas logo a seguir podemos perceber o enfraquecimento e derrota: *“Mas de repente / Sob uma má influência dos boyzinho da cidade / Começou a*

roubar/Já no primeiro roubo ele dançou / E pro inferno ele foi pela primeira vez / Violência e estupro do seu corpo / Vocês vão ver, eu vou pegar vocês". A partir destas estrofes podemos refletir sobre o conceito de “lugar”, percebendo que o fato de não pertencer àquele “**lugar**”, pode ter enfraquecido João de Santo Cristo, o que levou a sofrer as consequências, buscando uma nova identidade para continuar esta apropriação.

A partir da leitura dos autores do texto “Território e Territorialidade na perspectiva de Robert David Sack”, pode-se dizer que, apesar da hegemonia do poder estatal, essa música apresenta diversos níveis de territorialidade, tais como, “a fazenda, cercania, escola, igreja (...) entre outros” e “várias formas de demarcação, comunicação e exercício do controle nesses diferentes territórios”, ilustrado pelo fato de que “Santo Cristo é o poder dominante em alguns territórios e dominado em outros” (PLEIN, 2009, p. 56).

5. A ANÁLISE DO DISCURSO CRÍTICA

O conceito de discurso aqui adotado, toma como referência a proposta de Fairclough (2001);

Ao usar o termo ‘discurso’, proponho considerar o uso da linguagem como forma de prática social e não como atividade puramente individual ou reflexo de variáveis institucionais. Isso tem várias implicações. Primeiro, implica ser o discurso um modo de ação, uma forma em que as pessoas podem agir sobre o mundo e especialmente sobre os outros, como também um modo de representação(...)Segundo, implica uma relação dialética entre o discurso e a estrutura social, existindo mais geralmente tal relação entre a prática social e a estrutura social: a última é tanto uma condição como um efeito da primeira. (FAIRCLOUGH, 2001, p. 91).

O mesmo autor acrescenta que a análise do discurso crítica é também chamada de crítica por “ter o objetivo de mostrar maneiras não óbvias pelas quais a língua envolve-se em relações sociais de poder e dominação e em ideologias” (FAIRCLOUGH, 2001, p. 229).

Rezende e Ramalho (2005) afirmam que um dos aspectos determinantes da ADC é o seu caráter emancipatório. Segundo as autoras, “por meio da investigação das relações entre discurso e prática social, busca-se desnaturalizar crenças que servem de suporte a estruturas de dominação(...)” (RESENDE E RAMALHO, 2005, p. 186). Assim sendo, há de se ressaltar que a Análise do Discurso Crítica descortina verdades cristalizadas, revelando questões de poder e ideologias, assumindo então a função de discernir relações entre a linguagem e outros elementos da vida social.

Chouliaraki e Fairclough (1999) relacionam a ADC aos estudos da Ciência Social Crítica e preconizam que “vida social e discurso constituem-se dialeticamente”, de outro modo, a vida social é feita de práticas e o discurso é pois, um dos elementos dessa prática. Decorre dessas relações a natureza interdisciplinar e interdiscursiva da Análise do Discurso Crítica uma vez que essa estabelece diálogo com a Linguística e a Semiótica e também a Teoria Social, que se preocupa com a teorização dos processos sociais e a articulação de mudanças (CHOULIARAKI E FAIRCLOUGH, 1999; FAIRCLOUGH, 2001).

Fairclough (2001) advoga que mais que interdisciplinar, a ADC assume um caráter transdisciplinar, até porque ela não apenas se utiliza de conhecimentos de outras áreas, como também produz conhecimento a partir dessa interdisciplinaridade.

O aspecto crítico da ADC tem sua origem no Marxismo Ocidental, que enfatiza aspectos culturais da vida social ao entender que as relações de dominação e exploração são determinadas e perpetuadas cultural e ideologicamente (FAIRCLOUGH, 2001).

Além do Marxismo Ocidental, os trabalhos de Michael Foucault também influenciaram a ADC. Para esse cientista, o poder é exercido por meio de práticas discursivas institucionalizadas, assim sendo, os discursos são sistemas de conhecimento que incorporam o poder, e em maior ou menor grau, podem servir para regular a sociedade, pois regulam o conhecimento disponível (FOUCAULT, 1997 apud REZENDE E RAMALHO, 2009, p. 19).

Para Foucault (2001, p. 10) “analisar discursos corresponde a especificar sociohistoricamente as formações discursivas interdependentes, os sistemas de regras que possibilitam a ocorrência de certos enunciados em determinados tempos, lugares e instituições”.

Rezende e Ramalho acrescentam:

Foucault (1997) contribui, por um lado para o estabelecimento do vínculo entre discurso e poder, por outro, para a noção de que mudanças em práticas discursivas, a exemplo do aprimoramento das técnicas de vigilância, são um indicativo de mudança social (REZENDE E RAMALHO, 2009, p. 20).

Por fim, outra influência na ADC é o trabalho de Bakhtin(1929), o primeiro a propor uma teoria linguística de ideologia, segundo a qual a linguagem é sempre usada de forma ideológica. Segundo Rezende e Ramalho (2009), além da concepção de linguagem como modo de interação verbal, o trabalho de Bakhtin apresenta conceitos basilares da ADC, como por exemplo os gêneros discursivos e o dialogismo, aspectos centrais da análise empreendida em Faroeste Caboclo.

Cabe ainda acrescentar que Bakhtin (1997, p. 284), apresenta “os gêneros como tipos de enunciados relativamente estáveis do ponto de vista temático, composicional e estilístico, que refletem a

esfera social em que são gerados”. O autor apresenta uma visão dialógica e polifônica da linguagem, segundo a qual os discursos sempre dialogam com outros discursos, assim sendo, respondem a discursos anteriores e antecipam discursos posteriores de variadas formas (REZENDE e RAMALHO, 2009, p. 18).

Fairclough (2003) aponta para três elementos da ordem do discurso que também são entendidos como três tipos de significados do discurso: aquele que é entendido como *ação*, por meio de gêneros linguísticos; o que se pauta na *representação*, caracterizado por aspectos ideológicos; e, por fim, o discurso pode significar *identificação*, por meio de estilos e traços identitários.

Neste trabalho, será focalizado no significado acional e gênero, a categoria intertextualidade; no significado representacional e discurso, a categoria “significado de palavra”.

Segundo Rezende e Ramalho (2009, p. 65), a intertextualidade é uma categoria de análise muito complexa e potencialmente fértil. Bakhtin (2002) destacou o caráter dialógico dos textos, defendendo que mesmo os textos aparentemente monológicos participam de uma cadeia, uma vez que respondem a outros textos, além disso, são polifônicos já que articulam diferentes vozes. Assim, pode-se revelar uma combinação entre a voz de quem pronuncia um enunciado com outras vozes que lhe são articuladas (REZENDE E RAMALHO, 2009).

Na música, pode-se perceber esse “diálogo” com a história de Jesus Cristo, muito embora o João do Santo Cristo se apresente como um Jesus cristo às avessas.

Muitos pontos estabelecem relação entre as duas histórias, a primeira a ser considerada é a utilização do termo via-crúcis. Esta constitui-se uma comprovação textual de tal conexão já que, para o cristianismo, o termo se refere ao percurso de Jesus cristo rumo à sua crucificação. Na música, o termo se refere também à trajetória de

vida do personagem, que também foi marcada, a exemplo da via-crúcis de Jesus, pelo sofrimento, dor, luta e tristeza.

Outros aspectos são importantes na relação entre a vida de Jesus Cristo e a de João do Santo Cristo: a profissão de carpinteiro do João e de filho de carpinteiro de Jesus Cristo - aproximação semântica. Porém, Jesus abandona a carpintaria para se dedicar à pregação, enquanto João parte para criminalidade. A passagem *“De tanto brincar de médico, aos doze era professor...”* aproxima-se da passagem bíblica *“aos doze anos Jesus aparece no templo sentado entre os doutores, ouvindo e fazendo-lhes perguntas...”* (Lc 2:42 e 46).

Ao longo de toda a história o autor lança mão de um campo lexical que remete à vida e história de Jesus Cristo: perdição, arrependimento, traição, perdão, salvação, proteção, como nas passagens: *“elaborou mais uma vez o seu plano Santo, sem ser crucificado”*; *“pro inferno ele foi pela primeira vez”*; *“de todos os seus pecados, ele se arrependeu...”*; *“dá uma olhada no meu sangue, e vem sentir o Teu perdão...”*; porém, a hipocrisia, que parece ser o pecado que Jesus mais detestava e combatia, faz parte da identidade do Jeremias, o que pode ser confirmado na passagem: *“Jeremias, maconheiro sem-vergonha/ Desvirginava mocinhas inocentes/Se dizia que era crente mas não sabia rezar...”*

Os significados das palavras e a lexicalização dos significados não são construções individuais, são variáveis socialmente construídas. A relação entre palavra e significado não é uma constante, ao contrário, são potencialmente instáveis. (FAIRCLOUGH, 2003) Para o autor, os significados podem ser política e ideologicamente revestidos.

A traição é outro aspecto forte na construção da narrativa, bem como na relação entre os dois textos, Santo Cristo experimenta a traição de Maria Lúcia, justamente com o Jeremias. Diante disso,

Santo Cristo chama Jeremias para um duelo: “*Que eu acabo mesmo com você, seu porco traidor/ E mato também Maria Lúcia/ Aquela menina falsa pra quem jurei o meu amor...*”

Na história de Jesus, e em toda tradição cristã, o sangue de Cristo é sagrado, um símbolo da redenção humana. Santo Cristo convida Jeremias para olhar o seu sangue e sentir seu perdão, uma referência direta à morte de Cristo.

Por fim, o desfecho não tem final feliz, já que Santo Cristo não consegue alcançar o seu objetivo, “*E João não conseguiu o que queria/ Quando veio pra Brasília, com o diabo ter ...Ele queria era falar pro presidente/ Pra ajudar toda essa gente que só faz... sofrer*”.

6. CONCLUSÃO

Uma das características do homem é seu caráter relacional, pois se constitui em contextos sociais diferentes, nos quais estabelece contatos com o mundo no decorrer de toda a sua história. O indivíduo necessita do convívio social, repleto de regras e normas culturais.

Raffestin (1993) considera a construção do território sempre reveladora de relações marcadas pelo poder, enquanto Haesbaert (2004, p. 95) entende que imerso em relações de dominação e de apropriação da sociedade sobre o espaço, o território “desdobra-se ao longo de um continuum que vai da dominação político-econômica mais ‘concreta’ e ‘funcional’ à apropriação mais subjetiva e/ou ‘cultural-simbólica’”. Dessa forma, a territorialidade é colocada como uma expressão geográfica do exercício do poder em determinado espaço geográfico.

A análise de aspectos discursivos pode revelar não só essas relações de poder, mas também identidades, crenças e práticas dissonantes ou não dentro de um território. Inúmeras práticas discursivas podem desvendar não só o que está na materialidade do

discurso, pois aquilo que foi proferido individualmente é uma construção social e, como tal, é revelador de aspectos da vida cotidiana pelo olhar de quem vive as relações com a coletividade, constituindo as peculiaridades territoriais.

Na música em análise, podemos perceber as várias formas de domínio/apropriação do “espaço”. Renato Russo demonstra com clareza os limites configurados pelos personagens e os conflitos vivenciados pelos mesmos, especialmente, pelo protagonista. Dessa forma, o território real que é disputado na música é visto como um local que resulta de uma organização social que abarca todas essas complexidades, enquanto a territorialidade é construída a partir do conjunto de ações e estratégias de poder que cada indivíduo (traficante ou não) usa como forma de controlar os espaços. Nesse sentido, o poder pode ser considerado uma prática social, construída histórica e culturalmente.

João de Santo Cristo não possui materialidade, mas a sua história, apesar de ter sido composta em 1979, representa a vida de outros sujeitos, que como ele, são negros, pobres, moradores do sertão nordestino que migram para os grandes centros e vivenciam uma realidade de discriminação e exclusão social. A música, enquanto uma produção cultural, relata, pois, vivências do cotidiano das pessoas, constituindo-se assim uma forma de linguagem e meio de estabelecer comunicação, já que está preñe de significados, produzindo sentidos e ultrapassando limites temporais.

REFERÊNCIAS

ANDRIANI, A. G. Análise da construção da identidade de uma personagem literária segundo conceitos da psicologia sócio-histórica. In: KAHHALE, E. M. P. (Org.). **A diversidade da psicologia: uma construção teórica**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 289-304.

BAKHTIN, M. **Estética da Criação Verbal**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Hucitec, 2002.

CHOULIARAKI, L. & FAIRCLOUGH, N. **Discourse in late modernity**: rethinking Critical Discourse Analysis. Edinburg: Edinburg University Press, 1999.

FAIRCLOUGH, N. Discurso, mudança e hegemonia. In: Pedro. E.R (org.). **Análise crítica do discurso**: uma perspectiva sociopolítica e funcional. Lisboa: Caminho, 1997, p. 77-104.

_____. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora UnB, 2001a.

_____. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 2003.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1997.

HAESBAERT, R. **O mito da desterritorialização**. 3 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

PAULA, Denílson Borges de. **A letra de faroeste Caboclo e seus intertextos**. São Paulo: Universidade Santo Amaro – UNISA. Disponível em:< <http://www.artigonal.com/cronicas-artigos/a-letra-de-faroeste-caboclo-e-seus-intertextos-3798212.html> Acesso em: 13 de abr. 2011. (Prof. Dra Márcia A. G. Molina – Orientadora).

PLEIN, Ivonete Terezinha Tremea, et all. Território e Territorialidade na Perspectiva de Robert David Sack. In: SOUZA, Edson Belo Clemente de (Org.) **Leituras do conceito de território e de processos espaciais**. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 59 – 61.

RAFFESTIN, Claude. **Por uma geografia do poder**. São Paulo: Ática, 1993.

RUSSO, Renato. Faroeste Caboclo. In Legião Urbana, Brasília, 1979, EMI-Odeon. Disponível em <http://www.vagalume.com.br/legiao-urbana/faroeste-caboclo.html>. Acesso em 19 de março de 2014.

REZENDE, Viviane de Melo; RAMALHO, Viviane. **Análise de discurso crítica**. São Paulo: contexto, 2009.

SACK, Robert. *Human territoriality: its theory and history*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

SIGNORINI, I. (org.) **Lingua(gem) e identidade**: elementos para uma discussão no campo aplicado. Campinas, SP: Mercado das Letras, São Paulo: Fapesp, 1998. (Letramento, Educação e Sociedade).

A ESTRADA DE FERRO BAHIA-MINAS E A ECONOMIA REGIONAL

Weber Bezerra Novais¹

RESUMO

Durante 68 anos a Estrada de Ferro Bahia-Minas contribuiu para a economia de Teófilo Otoni e região. Era tida, em seus anos finais, como deficitária, mas continuava a manter a economia regional através de um transporte de mercadorias eficiente e barato. Se desativá-la teria sido estratégico ou um erro crasso ou se a simples existência da ferrovia resolveria os problemas econômicos regionais, é o que se pretende discutir nesse artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Transporte ferroviário, Economia Regional, Política Econômica, Desenvolvimento.

ABSTRACT

For 68 years the Railroad Bahia-Minas contributed to the economy of Teófilo Otoni and region. It was Known, in its last years, as a deficit, but it still kept the regional economy through an efficient and cheap transport of goods. It's intended to discuss in this article if If disabling it would have been a gross error or a strategy or if the simple existence of the railroad could solve the regional economic problems.

¹ Mestre em História Social pela Universidade Severino Sombra – Vassouras / RJ.

KEY-WORDS

Rail transport, regional economy, economic policy, development.

INTRODUÇÃO

O século XVIII trouxe como novidade a modernização baseada no uso cada vez mais alastrado do carvão e do vapor. A Revolução Industrial, com o aumento nunca antes visto da produtividade nas manufaturas, exigiu meios de transporte mais eficientes, baratos e modernos para escoar a produção (HUBERMAN, 1986, p. 171-174). O vapor logo foi utilizado para mover as novas locomotivas que se espalharam pelo território da Inglaterra e depois pelo mundo (na maioria dos casos com capital inglês) (CANÊDO, 1995).

Na América a realidade não foi diferente. Os países que surgiam dos processos de libertação metropolitana, querendo mostrar-se “modernos” e, inseridos na influência do capital inglês, adotaram o modal ferroviário para o transporte de suas mercadorias e pessoas. Tal fato ocorre também no Brasil monárquico, sobretudo com a atuação, a princípio, de Irineu Evangelista de Souza, o Barão de Mauá, construtor da primeira estrada de ferro no Brasil.

Com os novos tempos o conceito de modernidade baseado no carvão, no ferro e no vapor foi sendo substituído. No Brasil do século XX a modernidade estava mais atrelada ao combustível fóssil, ao aço, à eletricidade. As mercadorias não mais eram transportadas por rodas de ferro, mas por rodas de borracha. Rodovias asfaltadas (ou não) ocuparam o lugar das velhas e cada vez mais abandonadas ferrovias. Caminhões e ônibus no lugar dos trens; companhias petroleiras e automobilísticas no lugar do capital inglês. Novas influências, novas políticas de transporte. A ferrovia só se justificava, a partir de então, para transporte de grandes quantidades de carga. Assim, muitos ramais, e até ferrovias inteiras, foram desativados, provocando o

colapso em muitas pequenas cidades cortadas por essas vias férreas e delas dependentes (PAULA, 2005, p. 94).

O objetivo desse artigo é analisar o quanto o modal de transporte influencia na economia regional, podendo significar o crescimento, a manutenção ou a decadência econômica de regiões inteiras, bem como seu desenvolvimento futuro.

A CONSTRUÇÃO DA FERROVIA

A Estrada de Ferro Bahia-Minas fora idealizada pelo engenheiro Miguel de Teive e Argolo com o objetivo de promover a integração da região Norte/Nordeste de Minas Gerais, dotando-a de uma saída para o mar. A obra atenderia aos anseios de uma região promissora, como apontava o próprio Argolo, mas que, praticamente não possuía meios para escoar sua produção.

Esta estrada liga o ubérrimo solo do norte da província de Minas Geraes ao porto de mar por onde com menos dispêndio podem ter sahida os seus productos, e será de grande vantagem a toda essa região, porque além d'esse porto, Caravellas, ser um dos melhores, sinão o melhor porto entre o Rio de Janeiro e a Bahia, a estrada que o ligar ao norte de Minas não só é a mais curta como também a de traçado e conservação menos dispendiosa, de maneira que nenhuma outra poderá em época alguma sustentar tarifas tão commodas aos productores, o que a colloca livre da competência de qualquer outra (ARGOLO, 1983, p. 57).

A Estrada foi pensada num contexto onde se privilegiava o desenvolvimento tecnológico, como símbolo de modernidade, como promotor da civilização e do desenvolvimento econômico. Tal impressão fora muito bem captada pelo professor Lima ao estudar

registros de memórias de viajantes brasileiros e estrangeiros nas estradas de ferro Oeste de Minas e Goiás entre o final do século XIX e princípio do XX:

Nestes textos de memória, a ferrovia seria o instrumento capaz de possibilitar o rompimento com a situação de *atraso* cultural através da transformação do país em nação civilizada (LIMA, 2003, p. 26).

Obviamente trata-se de uma visão positivista dos progressos tecnológicos trazidos pela “civilização”. Pensamento corrente no Brasil do século XIX. Segundo LIMA, havia no Brasil argumentos favoráveis à modernização, “desde propostas de políticas de expansão do controle efetivo do Estado pelo território até a defesa da necessidade de mudanças nos hábitos das populações sertanejas” (LIMA, 2003, p. 26). Esse pensamento muito facilmente pode ser transportado para o Mucuri e a EFBM.

Os primeiros estudos do engenheiro Miguel de Teive e Argolo para a construção de uma estrada de ferro que ligasse o Norte de Minas Gerais com o litoral Sul da Bahia foi publicado com o título “*Viação Férrea do Norte de Minas*” e para a surpresa do engenheiro, logo foi acatado pela Assembléia Provincial de Minas Gerais que concedeu o privilégio para a construção do trecho mineiro. Era preciso naquele momento conseguir o mesmo para o trecho baiano. Desta vez, porém, o projeto não foi aceito de imediato e circulou por todas as instâncias políticas e jurídicas das províncias da Bahia e Rio de Janeiro (não sem enfrentar dificuldades impostas pelo interesse, ou desinteresse, dos políticos da época), até que no dia 6 de agosto de 1879, após certa pressão exercida pela imprensa bahiana, foi concedido o privilégio para a construção da estrada no trecho de Caravelas à divisa com Minas Gerais.

Chegado à Bahia requeri privilegio para uma estrada de ferro que ligasse o porto de Caravellas com a estrada que me tinha sido concedida em Minas, porém era preciso que se cumprisse o provérbio de que ninguém é propheta em sua terra, e apezar de ter encontrado o apoio dos deputados da ordem do preclaro Sr. Dr. Arthur César Rios, que defendeu o projecto, não deixou de ser elle impugnado por muitos que eram então deputados provinciaes. [...] A imprensa também não se calou emquanto o projecto d'esta estrada esteve em discussão na assembléa, muitos artigos foram escriptos pró e contra com título de *Estrada de Ferro do Norte de Minas*, tendo sido em 24 de julho de 1879 lido na assembléa uma rpresentação assignada pelos principaes negociantes da praça da Bahia, pedindo-lhe de legislar de maneira que a estrada de ferro de Caravellas se tornasse uma realidade no mais breve tempo que fosse possível. Finalmente passou em terceira discussão, no dia 6 de Agosto, o projecto que me concedia privilegio para a estrada de ferro de Caravellas ás divisas da província de Minas Geraes, tendo o meu requerimento para esse privilegio sido apresentado na assembléa em sessão de 1 de maio de 1879 (ARGOLO, 1983, p. 28-29).

Levantar capital para a construção não foi tarefa fácil para Argolo, com o governo imperial pouco favorável à obra. Assim, Argolo somente conseguiu os valores necessários para iniciar sua empreitada ao entrar em contato com Carlos Theodoro de Bustamante e os Comendadores Francisco de Paula Mayrink e José Pereira da Rocha Paranhos, que se tornaram sócios da empresa, agora totalmente de capital privado. Obviamente esses sócios capitalistas não investiram seu dinheiro apenas pelo espírito de aventura, mas, visando ao lucro que as terras cortadas pela ferrovia trariam no futuro. Pensando nisso, conseguiram comprar as tais terras devolutas em toda a extensão da estrada e numa largura de seis quilômetros para cada lado do eixo da linha.

Não desanimei no meu intento de tornar esta estrada de ferro uma realidade e, depois de muitos dissabores e desillusões, tive a felicidade de me relacionar com os distintos cavalheiros que foram sócios proprietários d'esta estrada, os Srs. Dr. Carlos Theodoro de Bustamante e Commendadores Francisco de Paula Mayrink e José Pereira da Rocha Paranhos. Estes senhores, que juntam intelligencia cultivada, patriotismo e qualidades pouco communs que os collocam em uma esphera superior pelo merecimento, não trepidaram em arriscar suas fortunas em uma empreza que só poderia ter como rival a estrada de ferro do Pacífico. Como ella, esta estrada une pontos longínquos povoados e separados por mattas virgens ainda em poder das feras e do gentio bravio, onde ella vai implantar a civilização (ARGOLO, 1983, p. 31).

Tendo resolvido os problemas financeiros, então, era só fechar contrato com a província de Minas Gerais e começar as obras. Após difíceis negociações com o Diretor das Obras Públicas, tal contrato foi fechado com o presidente de Minas Graciliano Aristides de Prado Pimentel. Da mesma forma, o governo do Rio de Janeiro aprovou a construção em 6 de julho de 1880.

Somente no dia 9 de setembro de 1880, todas as pendências burocráticas estavam resolvidas e a empresa poderia começar a contratar os técnicos que fariam o projeto da estrada.

A cidade de Caravelas abrigava na época um promissor porto marítimo, estrategicamente localizado e que já contava com sete fábricas conhecidas como “armações” onde atracavam navios baleeiros e preparava-se o óleo para a exportação. Caravelas já dominava todo o comércio da região Sul da Bahia, sendo a mais importante daquela região e ponto de entrada para os sertões de Minas Gerais. Era presumível, portanto, que os comerciantes locais contassem com a construção da estação inicial da Bahia – Minas nas imediações do centro da cidade. Como nos afirma Eleutério:

“Cognominada “Princesa dos Abrolhos”, [Caravelas] era o ponto referencial marítimo, em razão dos seus recursos naturais, já apresentava conceituada posição agrícola” (ELEUTÉRIO, [s.d.], p. 19).

No entanto, após estudos cuidadosos, os técnicos contratados para fazer a obra verificaram que para chegar até o centro de Caravelas, a estrada teria que dar uma volta de aproximadamente três quilômetros, atravessando diversos terrenos instáveis e brejos, dificultando a construção, além disso, não existia em Caravelas um bom ponto para a construção de uma ponte marítima, tão necessária para a estrada. Assim, o Engenheiro Argolo solucionou o problema com a construção da estação num terreno localizado entre a parte comercial da cidade e a barra de Caravelas, denominado Ponta de Areia, que lhe fora doado com a condição de que fosse loteado, com ruas largas e praças, facilitando a expansão da cidade para aquela região.

Ponta de Areia tornou-se o ponto inicial da construção da Estrada de Ferro Bahia – Minas e, ao mesmo tempo, ponto final da viagem do interior de Minas para o litoral. Esta decisão causou polêmica e até protestos dos comerciantes de Caravelas que se sentiram prejudicados. No dia 25 de janeiro de 1881 teve início a construção da estrada, sendo seu primeiro trilho fixado no dia 16 de maio daquele ano. As obras continuaram em ritmo acelerado, com material chegando da Inglaterra direto para o porto de Caravelas e isento de cobranças alfandegárias. No dia 25 de julho chegou um navio norueguês de nome “*Mathilde*” trazendo o primeiro material rodante da estrada de ferro, inclusive a primeira locomotiva,

denominada *Joviana*² que foi montada nas oficinas de Ponta de Areia, percorrendo os primeiros 10 quilômetros da linha no dia 24 de agosto.

Para cumprir os prazos previamente estabelecidos, o engenheiro Pedro Versiane determinou a abertura de uma nova frente de trabalho em meados de 1897, partindo de Teófilo Otoni. A empreitada deu certo e no dia 3 de maio de 1898 foi inaugurada a estação de Teófilo Otoni, com muita festa e a presença de ilustres autoridades. O país respirava os ares da República, a ferrovia cumpriria seu papel nessa nova fase da política brasileira e as autoridades presentes na inauguração evidenciam a divisão dos poderes – presidente da Câmara, deputados, juízes, além de militares e autoridades eclesiásticas.

Para dar continuidade aos trabalhos de prolongamento dos trilhos, até a cidade de Araçuaí, no Vale do Jequitinhonha, toda uma variedade de relevos teve que ser desbravada, desde pântanos e planícies secas até rochas que tiveram que ser cortadas com instrumentos rudimentares. Entre Teófilo Otoni e Ladainha, por exemplo, foram construídos dois túneis, que resistem até os dias de hoje.

Diante de tão grandes desafios, o Governo Federal, que havia encampado a ferrovia em 1910, entregou a direção da EFBM à companhia francesa “Chemins de Fer Federaux de L’Est Brésilien”, em 1912. A partir de então, a ferrovia foi dotada de locomotivas americanas mais modernas, o que representou um importante progresso para a empresa, ação que se tivesse sido efetivada em diretorias posteriores, poderia ter melhorado os serviços da Bahia-Minas e talvez até evitado os déficits em seus últimos anos de existência.

² Hoje, uma cópia desta locomotiva, batizada pelos índios de *Poxixá* – forte, poderosa – “descansa” na Praça Tiradentes, no centro de Teófilo Otoni, onde atifa a memória dos cidadãos, sobretudo os mais antigos, saudosos dos tempos da ferrovia.

Novos estudos foram feitos para o prolongamento a partir de 1913, entre eles a construção da oficina geral da estrada, no local onde hoje está a cidade de Ladainha, cuja estação foi inaugurada em 1918, assim como as estações de Valão e Coporanga. Sempre com o objetivo de chegar até a cidade de Arassuay (Araçuaí), a Bahia-Minas chegaria a Novo Cruzeiro (1924), Engenheiro Schnoor (1930), Alfredo Graça (1941) e, finalmente, Araçuaí (1942).

Conforme informação de (ELEUTÉRIO, [s.d.]) a ferrovia operou com sucesso nos anos seguintes à sua construção. Ligar Araçuaí a Ponta de Areia não era a única ambição dos administradores da Bahia-Minas, tanto que, já em 1906, o engenheiro Emílio Schnoor fez estudos com o objetivo de ligar a ferrovia de Teófilo Otoni até a atual Governador Valadares, uma união com a ferrovia Vitória-Minas, obra que obviamente não foi concretizada e a Bahia-Minas continuou isolada. Tal projeto seria lembrado em 1961, quando a Estrada já enfrentava problemas financeiros, conforme reportagem do jornal *Estado de Minas*³ citado pelo ex-secretário de turismo de Teófilo Otoni, José Nogueira Filho, num livreto publicado em 1998:

[...] Hoje quando se fala na possibilidade de extinção da Estrada de Ferro Bahia e Minas, por ser deficitária, este problema merece ser tratado com uma atenção especial por todos aqueles que se interessam pelo progresso daquela vasta região. A ligação da Bahia e Minas à Vitória-Minas em Governador Valadares – obra perfeitamente viável – permitirá a imediata recuperação financeira da ferrovia que tem a sua sede em Teófilo Otoni. Estendendo-a até Montes Claros, ficaria interligada com a Central do Brasil e Leste Brasileira, que é parte do sistema ferroviário do Nordeste, e futuramente poderá atingir Brasília,

³ ESTADO DE MINAS, 31 de agosto de 1961

através de Formosa com o que se transformaria no sistema dorsal do transporte ferroviário de uma ampla região. (NOGUEIRA FILHO, 1988).

Tal prolongamento não foi construído, nem em 1906 e muito menos em 1961, mesmo contando tal projeto com o apoio do Presidente do Conselho de Ministros, Tancredo Neves.

Nos anos 50 a Estrada de Ferro Bahia-Minas manteve a rota de Ponta de Areia a Teófilo Otoni e de Teófilo Otoni para Araçuaí diariamente, apesar das dificuldades financeiras, uma vez que a cafeicultura, principal atividade da região havia entrado em crise desde a década de 30, sendo substituída pela extração de madeira para a construção e para alimentar as máquinas a vapor e posteriormente pela pecuária.

A DESATIVAÇÃO DA BAHIA-MINAS

Ao longo dos pouco mais de 435 quilômetros, a Estrada de Ferro Bahia-Minas contava com quase dois mil funcionários, fora os empregos indiretos gerados pela movimentação dos trens nas estações.

Para agravar a crise financeira da EFBM, em 1948 foi inaugurada a rodovia BR 116 (Rio-Bahia), ligando Teófilo Otoni aos grandes centros e constituindo-se num importante elemento para a economia da cidade e região. Vale lembrar que neste período o transporte rodoviário estava substituindo o ferroviário em seu significado de elemento do progresso e motor de política pública. Apesar de uma política nacionalista defendida por Vargas, estávamos alinhados com os americanos na “Guerra Fria”, e com a chegada de Kubitschek ao poder, a entrada de multinacionais – sobretudo do ramo automobilístico, ganhava destaque. Neste período a ferrovia, antigo símbolo de progresso era visto como um meio de transporte

ultrapassado. Caminhões a diesel, cortando estradas pavimentadas com asfalto por todo o Brasil era a ideia de modernidade criada pelo Estado.

Assumindo pela segunda vez a direção da Companhia em 1950, após ter passado um período na Estrada de Ferro Centro-Oeste, Wenefredo Barcelar Portela possibilitou a efetivação de muitos benefícios para região, como a construção de moderno hospital⁴ para atendimento aos ferroviários e demais cidadãos, a construção de uma usina hidrelétrica em Ladainha para suprir a cidade com a energia necessária também para mover as oficinas da Companhia, a fundação de escolas, poços artesianos, edificação de casas e serviços de recreação e cultura para os ferroviários. Não é de se admirar o saudosismo dos ex-ferroviários e familiares ainda residentes na região. Foram devidamente amparados em todos os aspectos – saúde, educação, entretenimento e consumo pela Bahia-Minas.

Levantamos dados econômicos das estradas de ferro no Estado de Minas Gerais, com o objetivo de ilustrar a importância desse meio de transporte para a vida financeira das cidades atendidas por elas. Tal relevância econômica marcou a memória das populações, mesmo daqueles que não usufruíam da riqueza produzida diretamente pelo transporte de mercadorias, mas que de alguma forma percebiam que a movimentação financeira trazia algum benefício para eles.

Verificando o Anuário de Minas Gerais (1906, ano 1), pudemos verificar a importância dada à Estrada de Ferro naquele período, cujo nível de desenvolvimento do Estado podia ser apurado a partir da quilometragem de suas vias férreas. No referido anuário encontramos uma descrição detalhada da malha ferroviária de Minas até aquele ano:

⁴ Desde 1913 já funcionava, à Rua do Jardim (atual Marcelo Guedes), o Hospital João Américo Machado, construído pela Cia. com o mesmo fim.

As vias de comunicação do Estado de Minas são férreas, fluviais e de rodagem. A rede ferroviária do nosso Estado atingia, em 1º de janeiro de 1902, a 3.622 km, em tráfego, o que representa uma quarta parte da rede total dos caminhos de ferro do Brasil (15.088 km em tráfego a 1º de janeiro de 1902). Depois disso, em 1903, aumentou-se em Minas a extensão em tráfego, que era de 3.648,277 Km em fins de 1903; de 3.731,256 em fins de 1904 e hoje (dezembro de 1905), com os aumentos da Central, Oeste e Mogyana, anda perto de 4.000 km. (ANUARIO DE MINAS GERAIS, 1906, Ano 1, p. 81-83).

Constatamos que os esforços do governo em aumentar a malha ferroviária eram significativos. Além disso, a malha mineira, diante dos números da malha Nacional era de significativa importância. Quando falamos em esforços do governo, levamos em consideração os gastos totais com a ampliação das estradas, que até fins de 1901, conforme dados do mesmo anuário, eram de 57.122:235\$777, evidenciando a importância dispensada a essa modalidade de transporte. Para termos uma ideia melhor sobre o significado desse montante, a arrecadação do Estado com a cafeicultura, principal produto estadual, fechou em 1902 o valor de 83.361:074\$000, ou seja, o valor gasto com ferrovias no ano anterior é mais da metade do arrecadado com o principal produto do Estado. A província do Rio de Janeiro teve um gasto com Estradas de Ferro deficitárias, no mesmo período, de aproximadamente 1.012:810\$000⁵.

Na tabela abaixo, podemos observar a extensão da Estrada de Ferro Bahia e Minas e podemos compará-la com outras ferrovias brasileiras no ano de 1906:

⁵ Valor aproximado. Fonte: <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u871/000046.html>.

Ferrovia	Extensão em KM.
Estrada de Ferro Oeste de Minas	872
Leopoldina Railway Company	832,255
Estrada de Ferro Central do Brasil	660
Cia. de Viação Férrea Sapucahy	369
Estrada de Ferro Mogyana	302
Cia. Estrada de Ferro Muzambinho	238,895
Estrada de Ferro Bahia-Minas	233,870 ⁶
Estrada de Ferro Minas e Rio	147
Estrada de Ferro Juiz de Fora ao Piauí	58,101
Estrada de Ferro Guaxupé	50
E. F. João Gomes a Piranga	26,561
Cia. Estrada de Ferro Paraopeba	12

Fonte: Anuário de Minas Gerais, 1906

Entre as principais estradas de ferro do Brasil a E.F. Bahia-Minas tem importante destaque. Vale lembrar que, após a conclusão do seu prolongamento até Araçuaí, ela ultrapassou os 400 km, superando a Sapucaí e a Muzambinho, o que a coloca entre as maiores do país.⁷

Tais dados vão de encontro ao decreto do governo militar que extinguiu os “ramais” deficitários. A E.F. Bahia-Minas até podia ser deficitária na época de sua extinção devido à falta de investimentos e, melhorias nos equipamentos e no pessoal, entre outros fatores. Não se tratava, portanto, de um simples “ramal”, mas de uma ferrovia independente.

⁶ Até a confecção deste anuário, a E. F. Bahia-Minas possuía um percurso de Ponta de Areia a Teófilo Otoni, seu prolongamento até Araçuaí ainda não havia sido realizado.

⁷ Conforme o Anuário de Minas Gerais. Ano IV, 1950, p. 279, a Estrada de Ferro Bahia-Minas possuía uma extensão de 435,385 Km, enquanto a rede mineira possuía um total de 8.610 Km

Se no princípio do século os esforços do governo para construir ferrovias eram significativos, o mesmo não se pode dizer em relação aos gastos com a manutenção destas mesmas estradas. A falta de investimentos em máquinas e equipamentos e na conservação do patrimônio construído ajudaram a dar à Bahia-Minas a fama de ultrapassada. Em discurso proferido em 1930, o superintendente da Companhia demonstra a necessidade de investimentos nesse sentido:

[...] “Assim é que iria obter da Cia. Ferroviária Este Brasileiro a aquisição de 2 vapores para cargas e passageiros, e que terão suas viagens em correspondência com os trens da estrada.”

Além desse notável melhoramento, um outro tem ele em vista introduzir, que muito beneficiará a nossa zona: um trem especial e respectivo carro restaurante.

Quem conhece a pobreza das estações, em geral, verá que é de grande alcance o melhoramento anunciado, pois só assim as viagens da Bahia-Minas poderão tornar-se menos fastidiosas, longas quais são elas e atravessando os trens lugares de verdadeira penúria. (O MUCURY. N. 1575. 14 Set 1930, p. 1.).

A pobreza da região cortada pela estrada nesta época refletia-se na precariedade das máquinas e instrumentos da Bahia-Minas. Melhoramentos eram urgentes para a boa sobrevivência da ferrovia.

Nesta época a crise da produção cafeeira assolava as regiões que dependiam deste produto. A movimentação de cargas nos trens evidentemente diminuiu e as dificuldades financeiras também atingiram a Estrada de Ferro. Apesar das dificuldades, o governo passou a subvencionar a ferrovia dada sua importância estratégica para a região.

Após a desativação das ferrovias, ficou um sentimento de perda nas pessoas. A riqueza transportada pelo trem trazia consigo um sentimento de diminuição da miséria, mesmo naqueles que não eram

beneficiados, que não tinham, talvez, acesso às mercadorias transportadas, mas que conseguiam sobreviver de pequenos trabalhos prestados aos ferroviários – trabalhos domésticos, empregos indiretos, pequenos serviços – ou, àqueles que se beneficiavam no comércio de “miudezas” – doces, bolos, frutas, sanduíches que eram vendidos nos vagões durante as viagens.

Sabemos que esses pequenos ganhos apenas mascaravam a pobreza, mas na memória dessas pessoas, a ferrovia foi solução para seus problemas imediatos e ela se foi deixando saudades.

CONCLUSÃO

De acordo com a Teoria da Localização⁸, sobretudo em Weber,

[...]o custo de transporte é que exerce papel decisivo na determinação da localização das manufaturas, a qual depende do peso do produto e da distância a ser percorrida (peso e triângulo locacional). Como Weber pressupõe que os custos totais, exceto o de transporte, são iguais em todas as partes, o local que fará resultar o máximo lucro para a firma será onde for menor o custo de transporte, *ceteris paribus* os dois outros fatores (custo de mão de obra e forças aglomerativas e desaglomerativas). Dessa forma, a firma tende a localizar-se sempre no ponto em que os custos de transportes forem mínimos (BETARELLI JUNIOR, 2012, p. 34)

Percebe-se, dessa forma, que a existência de um meio de transporte mais eficiente e barato transforma-se num atrativo de empresas dos mais variados tipos, interessadas em custos baixos e

⁸ As teorias da localização analisam os fatores que influenciam as decisões das atividades socioeconômicas (agrícolas, industriais e comerciais) a se estabelecerem em um específico local.

lucros promissores. Uma região que conta com transporte ferroviário ativo torna-se interessante para investidores, que com suas empresas geram empregos e, conseqüentemente, renda para toda a região, ainda que em si, a ferrovia seja deficitária.

Na região do Mucuri e toda a zona cortada pela Estrada de Ferro Bahia-Minas havia uma relação de dependência da economia regional com a ferrovia. Essa era deficitária, mas também poderia ser motor para o desenvolvimento regional. Com seu fim muitas cidades definharam ou simplesmente deixaram de crescer.

Obviamente a resolução do problema do transporte não faz milagres. A simples existência da ferrovia de forma alguma resolveria os problemas econômicos dessa região de Minas Gerais, mas, conforme Bertarelli Junior;

[...] melhorias em transporte por si só não promovem o desenvolvimento. O grau em que os transportes criam ou impelem novas atividades dependerá da existência de outras condições na economia, tais como: a qualidade de sua estrutura administrativa e de sua ordem social, o caráter e diretriz de seu sistema educacional, mão de obra qualificada, dinamismo local regido pelas firmas e indivíduos, qualidade ambiental, habilidades empresariais, disponibilidade de conhecimento e informação, natureza das relações jurídicas e de propriedade, incentivos fiscais e financeiros e sustentação de políticas legais, organizacionais e institucionais. Quando essas qualidades são deficientes, nenhuma soma de investimento em transporte será capaz de criar um dinamismo econômico (BANISTER e BERECHMAN, 2001; HEYMANN JR., 1968 Citados por BETARELLI JUNIOR, 2012).

No caso específico de Teófilo Otoni, polo regional do Mucuri e com projeto de ZPE no papel, a ferrovia seria um atrativo a mais para

o setor produtivo uma vez que a questão logística já não seria problema. Consequentemente toda a região seria beneficiada com a geração de trabalho e renda. Fica latente o erro em desativar a EFBM e o questionamento sobre a viabilidade de se construir uma nova ferrovia como já fora mencionado por políticos da região como alternativa para acabar com a miséria no Mucuri e promover o desenvolvimento econômico da cidade e adjacências.

REFERÊNCIAS

ARGOLO, Miguel de Teive. **Memória Descritiva sobre a Estrada de Ferro Bahia e Minas**. Rio de Janeiro: Typographia de H. Laemmert & C., 1883.

BETARELLI JUNIOR, Admir Antonio. **Análise dos modais de transporte pela ótica dos blocos comerciais**: uma abordagem intersetorial de insumo-produto 2010. Dissertação de Mestrado em Economia Aplicada, apresentada na Faculdade de Economia e Administração da UFJF. Rio de Janeiro: BNDES, 2012.

CANÊDO, Leticia Bicalho. **A revolução industrial**: tradição e ruptura, adaptação da economia e da sociedade rumo ao mundo industrializado. Campinas: UNICAMP, 1995. (Discutindo a História).

ELEUTÉRIO, Arys bure Batista. **Estrada de Ferro Bahia e Minas**: a ferrovia do adeus. Relato Histórico da Estrada de Ferro Bahia e Minas, 1879 – 1966. Sem publicação.

HUBERMAN, Leo. Revolução - na indústria, agricultura e transporte. In: HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 21. ed. rev. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

LIMA, Pablo Luiz de Oliveira. **A Máquina, tração do progresso:** memória da ferrovia no Oeste de Minas: entre o sertão e a civilização. 1880 – 1930. 2003. 202 f. Dissertação (Mestrado em História). UFMG, Belo Horizonte, 2003.

NOVAIS, Weber Bezerra. **Bahiminas:** lugar de memória na cidade de Teófilo Otoni. Dissertação (Mestrado em História). Universidade Severino Sombra, Vassouras, 2007.

NOVAIS, Weber Bezerra. Bahia-Minas: lugar de memória em Teófilo Otoni. In: SANTOS, Márcio Achtschin (Org.). **As Gerais distantes das Minas:** fragmentos da História do Vale do Mucuri. Teófilo Otoni: Frota, 2009, p. 66-77.

PAULA, Dilma Andrade de. Regime Militar, Ferrovias e Ferroviários. In: CARDOSO, Heloísa Helena Pacheco; MACHADO, Maria Clara Tomaz (Orgs.). **História:** narrativas plurais, múltiplas linguagens. Uberlândia: EDUFU, 2005.

A MARCA DA DIFERENÇA NO VIÉS DO AMPARO LEGAL AO TRABALHADOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA.

Gislene Drumond Froede¹
André Luiz Peruhype Magalhães²

RESUMO

O presente artigo nasceu de uma escuta em sessão de psicoterapia, a partir do incômodo relatado por um paciente jovem adulto, de 19 anos, portador de quadro de limitação física e psíquica. Como trabalhador, está amparado pela legislação trabalhista que contempla determinações referentes ao trabalhador portador de deficiência. O objetivo do trabalho é mais de pesquisa e reflexão sobre o que dispõe realmente o Direito do Trabalho sobre esta questão, a forma como as instituições empregadoras lidam com estes trabalhadores de forma ética ou não, e principalmente, como o uso inadequado de instrumentos legais pode vir a ferir a dignidade humana neste contexto e produzir estigmas. Não se pretende aqui desenvolver um relato denunciante, vez que são preservadas as identidades de empregado e empregador, entretanto, espera-se suscitar conscientização que leve ao questionamento dos limites da aplicação das Leis, na esfera trabalhista, quanto ao cuidado para com aquele a quem se asseguram direitos e exercícios dignos do ser humano no convívio social, rumo a uma autêntica proposta de inclusão.

¹ Psicóloga Analítica. Especialista em Psicologia Educacional e Psicologia Jurídica. Foi supervisora da Central de Conciliação do TJMG em Teófilo Otoni/MG. Professora de Ensino Superior no IESI-FENORD.

² Mestre em Direito das Instituições Políticas, pela FUMEC-BH. Professor de Direito Tributário da IESI-FENORD. Advogado Militante.

PALAVRAS-CHAVE

subjetividade, diferenciação, inserção e inclusão social.

ABSTRACT

This article was born of a listener in psychotherapy session, from uncomfortable reported by a young adult patient, 19 years, with physical and mental limit framework. As an employee, are bolstered by the labor legislation which includes provisions for the disabled worker. The objective of this work is more research and reflection about what really has the right to work on this issue, how the employer institutions deal with these workers ethically or not, and especially, as the misuse of legal instruments might hurt human dignity in this context and produce stigmata. It is not intended here develop a report denunciata, as they are preserved the identities of the employee and employer, however, is expected to raise awareness that leads to questioning the limits of law enforcement, in the labour sphere, and to care for those who ensure rights and exercise worthy of human beings in sociability, towards a genuine proposal for inclusion.

KEYWORDS

subjectivity, differentiation, integration and social inclusion.

1 INTRODUÇÃO

A interface Direito e Psicologia a cada dia vêm oportunizando uma diversidade muito grande de questionamentos, que emergem da escuta que se produz nas demandas do convívio humano com os instrumentos que pretendem humanizar e definir possibilidades e

limites, objetivando o desenvolvimento das corretas e éticas relações humanas.

É justamente neste contexto, que emerge a proposta deste trabalho de pesquisa, em que se busca ampliar uma compreensão acerca da importância do encontro entre a Psicologia e o Direito do Trabalho, principalmente no sentido de favorecer a dignidade da pessoa humana, em favor de seus direitos e de seus deveres, principalmente aqueles destinados a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, conforme os princípios fundamentais constitucionais.

Sendo assim, retoma-se aqui o momento inicial que motivou essa pesquisa, a escuta do jovem paciente em sessão de psicoterapia, com a descrição dos detalhes para melhor compreensão da proposta e objetivos que se desenvolveram a seguir. O referido jovem (adulto, 19 anos) relata que foi admitido como trabalhador em regime inicial de experiência numa empresa do setor privado, onde desempenhou com sucesso suas atividades, durante aproximadamente dois meses. Apresenta deficiência física (limitação de movimento do braço direito) e psíquica (inteligência limítrofe, ligeiramente abaixo da média) pouco perceptíveis. Ao longo desse período, afirma ter sido bem acolhido pelos colegas de trabalho, recebeu convites para sair com eles e até havia se interessado por uma garota do seu setor, que estava demonstrando reciprocidade. Relatou que chegou a sair com os colegas após o trabalho e que já estava conversando com a moça e ela aceitou convite dele para saírem juntos. Porém, assim que foi admitido com registro em carteira, o chefe de setor entregou-lhe um uniforme que disse ser de uso obrigatório, onde estava escrito: “Não sou Deficiente, sou Eficiente”. Apresentou como queixa o sentimento de discriminação a que se sentiu exposto após o uso do uniforme, que

se iniciou com perguntas dos colegas dirigidas a ele, como: “- ué, você é deficiente?”; e outras, mais sutis, como as de afastamento dos colegas, que passaram a não convidá-lo mais para sair após o trabalho. Relatou que a garota de seu interesse passou a evitá-lo e quando ele a chamou novamente para sair, ela disse que não podia, porque havia reatado com o ex-namorado.

Assim, diante desses sentimentos aqui expostos, surgiu um questionamento acerca da real necessidade do uso deste tipo de uniforme pelo trabalhador deficiente e mais ainda, da obrigatoriedade determinada pela empresa contratante. Está previsto nas determinações legais trabalhistas tal procedimento? Se está, qual é a finalidade deste uniforme que marca a “diferença” e a acentua: é para auxiliar a comunicação entre o trabalhador e a clientela do estabelecimento? Até que ponto esse procedimento pode interferir negativamente nos aspectos subjetivos do trabalhador?

Tais questões orientaram essa pesquisa, iniciando pela busca imediata do conhecimento acerca das Leis trabalhistas referente ao trabalhador portador de deficiência. Daí a necessidade de desenvolver um olhar interdisciplinar, entre profissionais da Psicologia e do Direito nesse espaço de investigação e de debates. A parceria nesse trabalho tornou-se essencial para garantir o seu desenvolvimento.

A seguir, a busca foi orientada para referenciais teóricos em psicologia sobre subjetividade, inserção e inclusão social. O que ocorre ao sujeito membro de um grupo social? Como o fluxo de interações indivíduo/grupo pode levar ao adoecimento psíquico face às significações que cada um adquire ao longo do convívio, principalmente na vivência e prática laborativa?

Finalmente, da interface desses conhecimentos emerge uma análise que aponta para o que está submerso às pretensas atitudes do “amparo e cuidado” que se apoiam em premissas legais, mas que correm o risco de comprometer de forma irreparável a inserção social

e criar mais estigmas para uma subjetividade que necessita ser compreendida na interação, sem espaços ou traços demarcados que venham a acentuá-la.

2. DETERMINAÇÕES NORMATIVAS QUANTO À DISCRIMINAÇÃO AO TRABALHADOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA:

Este item visa apontar as normas constitucionais e infraconstitucionais que dispõem sobre a discriminação ao trabalhador portador de deficiência. Tem-se então como objetivo tentar responder as seguintes indagações: o fato transcrito acima é ou não um ato discriminatório? Como as normas Constitucional e infraconstitucional tratam o assunto?

Primeiramente, apontar-se-á o comando constitucional; depois, as normas infraconstitucionais e a jurisprudência firmada nos Tribunais pátrios.

2.1. A CONSTITUIÇÃO E A DISCRIMINAÇÃO AO TRABALHADOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA.

A Constituição de 1988 fez erguer o Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, estabeleceu como fundamento da República Federativa a dignidade da pessoa humana. Para os autores a dignidade da pessoa humana é o fundamento mais importante do nosso Estado, pois é ela que norteia todas as ações administrativas.

Neste sentido, vejamos as palavras do e. Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Gilmar Mendes, *verbis*:

(...) reputamos adequado analisar a *dignidade da pessoa humana* como um dos princípios – desde logo considerado de valor pré-constituente e de hierarquia

supraconstitucional – em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da Carta Política de 1988. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 140).

Ainda, sobre a importância e significado do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico destaca-se o ensinamento do mestre lusitano, J.J. Gomes Canotilho, vejamos:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendência ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios. (CANOTILHO, 2003, p. 225).

Como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana, a República Federativa do Brasil adotou expressamente o princípio da igualdade (art. 5º, inciso II CF/88), doutra banda, estabeleceu como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Princípio da não-discriminação – art. 3º, inciso IV da CF/88).

Importante destacar que o princípio da igualdade deve ser interpretado como tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, uma vez que estamos em uma sociedade plural, onde a diferença é marca da atualidade. Ora, se a diferença marca a atualidade nas complexas sociedades, então o princípio da igualdade, norma estruturante e redentora da justiça

social, deve conferir tratamento igual às pessoas que se encontrem numa mesma condição, enquanto que aquelas que se encontrem em condições diferenciadas devem receber tratamento diferenciado. Lógico, tudo deve ser pautado pelos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, orientadores do processo legislativo.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro, seguindo o norte-americano, adotou a Teoria das Ações Afirmativas (*Affirmative Action*) que tem como escopo assegurar igualdade aos desiguais por meio das normas (constitucional e infraconstitucional) e dos atos administrativos em geral.

Logo, deve ser entendido que a legislação brasileira pode e deve criar condições diferenciadas para algumas parcelas da nossa sociedade, que se encontrem em desigualdade. Este tratamento desigual não fere o princípio da igualdade, muito menos representa uma discriminação, ao contrário, é meio pelo qual a igualdade se fortalece.

Como exemplo de Ação Afirmativa, destacamos a reserva de percentual de cargos e empregos públicos aos portadores de deficiência (art. 37, inciso VIII da CF/88), bem como a empresa, com 100 (cem) ou mais empregados, que está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência (art. 93 da Lei 8.213/1991).

Assim, para que um tratamento desigual não fira o princípio da igualdade ou se transforme em odioso ato discriminatório é importante que ele respeite a razoabilidade e a proporcionalidade, que devem ser resguardadas pela dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o tratamento desigual que não fere o princípio da igualdade e não é discriminatório é aquele que se fundamenta na dignidade da pessoa humana.

Quanto à discriminação, pode-se ir além, pois esta se revela muito mais pela manifestação dos valores presos aos auspícios da subjetividade das pessoas (o que cada indivíduo pensa que é certo), do que propriamente às normas de direito. Assim, a discriminação parte de ideias pessoais que não encontram qualquer amparo no ordenamento jurídico.

Feitas estas considerações, muito mais de cunho hermenêutico do que de direito material, é importante destacar que a Constituição de 1988, no que tange aos trabalhadores portadores de deficiência, estabelece de forma expressa no art. 7º, inciso XXXI, que é proibido qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Tem-se então que o ordenamento constitucional no art. 7º, inciso XXXI proibiu de maneira categórica que o empregador utilize critérios discriminadores na admissão do trabalhador portador de deficiência.

Desta maneira, é proibido ao empregador utilizar critérios que importe discriminação, ou seja, ato produzido no exercício de seu individualismo, que não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio e, sobretudo, que atenta contra a dignidade da pessoa humana.

2.2. AS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E A DISCRIMINAÇÃO AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA:

As normas trabalhistas, especialmente a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), não especificaram quais critérios, dentre os adotados pelos empregadores, podem ser considerados discriminadores aos portadores de deficiência, deixando, desta maneira, tal providência para os aplicadores e intérpretes do direito.

Contudo, deve-se ressaltar que o Brasil é signatário de diversas convenções e tratados internacionais que impedem a discriminação

dos portadores de deficiência, dentre elas a Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 198/2001.

Além disso, ressalta-se que a Lei nº 7.716 de 1989 conhecida como Lei do Racismo em seu artigo 4º tipifica como crime o seguinte, *verbis*:

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica: (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores; (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional; (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário.

§ 2º - **Ficará sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial**, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, **exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências.**

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Do dispositivo legal acima citado, pode-se extrair facilmente que constitui crime passível, até mesmo de reclusão, proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho ou fazer exigências para que o empregado atenda a aspectos de aparência próprios de raça ou etnia.

Desta forma, tem-se então que, se o empregador proporcionar tratamento diferenciado (sem amparo legal) ao empregado no ambiente de trabalho ou exigir-lhe aspectos de aparência próprios de raça ou etnia está cometendo crime. Sem sombra de dúvida, a referida norma legal – art. 4º da Lei 7.716/1989 – deve ser aplicada aos portadores de deficiência física, como mecanismo legítimo de garantia individual contra os atos de discriminação que os envolvem na relação de emprego.

Pode-se perceber que *in casu* ao exigir que o empregado portador de deficiência utilize uniforme diferente dos demais, o empregador acaba por proporcionar tratamento diferenciado no local de trabalho e ainda exige o uso de aspectos próprios de sua limitação, o que é proibido nos termos da norma citada acima.

Assim, antecipando um pouco a discussão, referida exigência se mostra discriminatória, haja vista que a mesma não encontra qualquer legitimação legal, ou seja, é uma exigência que impõe critérios diferenciadores de admissão ou de manutenção no local de trabalho sem nenhum amparo normativo, provocando séria ofensa à dignidade da pessoa humana.

Impende destacar que a ocorrência de discriminação ou tratamento diferenciado no local do trabalho, por atentar contra a dignidade da pessoa humana gera, para o empregado, o direito de ser reparado pelo dano causado à sua dignidade, intimidade ou imagem, sobretudo quanto ao dano moral. Nestes termos é a jurisprudência dos Tribunais pátrios, vejamos:

VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR. DISCRIMINAÇÃO POR SER DEFICIENTE FÍSICO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CARÁTER PEDAGÓGICO.

A discriminação ao deficiente físico no emprego é preconceito que fere o princípio de igualdade previsto

no artigo 5º da Constituição Federal e que deve ser erradicada, eliminada, combatida, ficando sempre garantido ao trabalhador o pleno exercício da cidadania. Esta discriminação gera dano moral, que deve ser indenizado, e cujo montante deve buscar mais que a reparação imediata do ofendido, através de seu caráter educativo, coibir a repetição de práticas discriminatórias e violadoras da dignidade da pessoa humana do trabalhador (BRASIL. TRT5, 2008).

PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS - TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO NO TOCANTE À JORNADA E SALÁRIO - VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. O trabalho foi elevado à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito pelo constituinte originário (art. 1º., inciso IV), juntamente com a livre iniciativa, enquanto a valorização do trabalho humano consagrou-se com o disposto no art. 170, caput. A integração da pessoa dentro de um contexto social e produtivo, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º., CF/88) e sua valorização enquanto membro ativo e produtor de riquezas na sociedade contemporânea, representam, sem maior esforço intelectual, a autoafirmação do indivíduo perante a coletividade. Por tais motivos, a Constituição Federal traçou como direito básico e fundamental a "proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência" (art. 7º., inciso XXXI). Confessada e documentalmente provada, in casu, a discriminação perpetrada pela empresa, ao admitir portadores de necessidades especiais para prestação laboral em um único dia da semana, em jornada de quatro horas e remuneração proporcional, sob a "justificativa" de ausência de plena capacidade, emerge patente o dano moral perpetrado. A violação a fundamentais direitos da reclamante, na hipótese, não surge da comparação entre as condições de trabalho dos portadores de necessidades especiais, mas sim, notoriamente, da distinção praticada em relação aos demais trabalhadores da empresa. (BRASIL. TRT3, 2012).

Desta maneira, qualquer prática discriminatória quanto ao portador de deficiência, por mais velada que seja ou acobertada pelo rótulo de “uma boa ação”, deve ser combatida exemplarmente, pois constitui crime punível com pena de reclusão e pode gerar a cominação de indenização por dano moral.

3. A CONSTRUÇÃO DA SUBJETIVIDADE, DIFERENCIAÇÃO, INSERÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL, NO REFERENCIAL PSICANALÍTICO.

As teorias psicológicas apresentam um entendimento variado do termo “subjetividade”. É certo que a forma de se abordar o estudo da subjetividade e sua conceituação dependerá da concepção de homem desenvolvido por diferentes escolas psicológicas.

Sob a perspectiva psicanalítica, referencial teórico utilizado nessa pesquisa, estudar subjetividade é procurar no indivíduo as marcas da sociedade, ou em outras palavras, dizer que o indivíduo é mediado socialmente, o que não significa que ele seja afetado externamente pela sociedade, mas sim que se constitui por ela, isto é, pela sua introjeção.

Neste percurso, para entender as questões que se referem à subjetividade, deve-se compreender as finalidades, as instâncias, os meios pelos quais uma determinada cultura forma o indivíduo. Tal argumento apóia-se com base no momento em que se admite que a cultura modela a subjetividade, disponibilizando seus hábitos e costumes, valores e padrões de comportamento. Os elementos que incorporamos ou que nos formam advém das várias experiências de sociabilidade pelas quais passamos: nossa família, a escola, nossos colegas e amigos, a comunidade local, a igreja etc.

Com base nos estudos freudianos, estudar a subjetividade é compreender de início que a “vida subjetiva” não é o reino do

obscuro, do inconsciente que se oculta ao próprio sujeito, da impossibilidade do saber. Freud pôde perceber e revelar que os processos psíquicos e culturais são universais, constituem condição para a humanidade, e encontram-se subordinados às condições da particularidade histórica e da singularidade individual.

Ao se enfrentar o desafio de compreender o conceito da “vida subjetiva”, estabelece-se o contraponto com a “vida objetiva”, no que se pontuam duas dimensões fundamentais da condição humana: a objetividade - externa, material, coletiva, prática - e a subjetividade - interna, espiritual, individual, emocional. Neste olhar, pode-se afirmar, enfim, que a subjetividade é constituída socialmente, numa relação recíproca entre o eu e o mundo.

É necessário compreender a subjetividade, tendo na realidade seu centro de referência, investigá-la e revelar sua constituição, sua dinâmica, seu conteúdo, sua objetividade. Isso permitirá revelar a subjetividade não como um “ideal a ser restaurado”, mas até como realidade a ser superada e ainda “projeto de vir a ser” continuamente desenvolvido. Conforme sintetiza Adorno:

É preciso enfrentar o desafio de compreender os mecanismos sociais e individuais, objetivos e subjetivos que constituem a subjetividade e se sintetizam na compreensão de que “o conceito de eu é dialético, psíquico e não psíquico, um fragmento de libido e o representante do mundo (...) o eu deve ser, como consciência o contrário da repressão, assim como também, inconsciente de si mesmo” (ADORNO, 1991, p. 180-181).

A compreensão do que é subjetividade apóia-se nas contribuições dos estudos de Freud, que revelam muito da relação entre o indivíduo e a sociedade, o indivíduo e a cultura, numa busca da compreensão da realidade individual para além do que está

presente ou do imediato. Revelam ainda as raízes objetivas da dinâmica interna do indivíduo. Freud propicia a compreensão racional do aparelho psíquico em análises que pretendem desvendar o sentido do que “aparentemente não se vê, não se sabe, não se sabe que sabe”. Apresenta um conjunto de hipóteses acerca do processo de funcionamento e desenvolvimento psíquico em geral, como também as possibilidades de alterar, modificar, reparar ou construir partes desse funcionamento.

Recapitula-se aqui que o significado de subjetividade para Freud, inicialmente, era o “ego”, qualificado como um subsistema que opera segundo determinado código (dirigido ao real ou não) e que, produz o trabalho do pensar consciente. Daí a explicação freudiana de que é possível ter certo grau de autoconsciência (subjetividade), porém esta, nunca abrangerá todos os sentimentos psíquicos, este resulta de um sistema que inclui de forma subjacente, operações inconscientes.

E ainda, quanto à autoconsciência, esta pode ser entendida como subjetividade no sentido de “ser o centro do sujeito”, uma vez que resulta das operações do inconsciente ao mesmo tempo em que não tem o controle completo de suas próprias operações. A Psicanálise relaciona a autoconsciência à dinâmica pertinente a uma dinâmica entre instâncias da personalidade conhecidas como: o ego, o superego e o id. Ou seja, a autoconsciência resulta de experiências vivenciadas pelas interações constantes entre estes elementos e suas conexões. Então, a psicanálise considera que o sujeito é determinado pela sua subjetividade e também pela sua autoconsciência.

Dessas considerações teóricas se entende que o homem em todas as suas expressões, as visíveis (nosso comportamento) e as invisíveis (nossos sentimentos e representações afetivas e simbólicas), as singulares (individualidade) e as genéricas (o que é comum a todos

nós) se constituem em toda a síntese possível conhecida como subjetividade.

Resumindo,

a subjetividade é a síntese singular e individual que cada um de nós vai constituindo conforme vamos nos desenvolvendo e vivenciando as experiências da vida social e cultural; é uma síntese que nos identifica, de um lado, por ser única, e nos iguala, de outro lado, na medida em que os elementos que a constituem são experienciados no campo comum da objetividade social. Esta síntese – a subjetividade – é o mundo de ideias, significados e emoções construído internamente pelo sujeito à partir de suas relações sociais, de suas vivências e de sua constituição biológica; é, também, fonte de suas manifestações afetivas e comportamentais (BOCK, 1999, p. 23).

Conforme vai sendo experienciado pelo ser humano, o mundo social e cultural possibilita a construção de um mundo interior, a partir da combinação de diversos fatores que se combinam e produzem vivências muito particulares. O sujeito atribui sentido a essas experiências e se constitui a cada dia. Assim, utilizando das explicações de BOCK:

O estudo dessas novas subjetividades vai desvendando as relações do cultural do político, do econômico e do histórico na produção do mais íntimo e do mais observável no homem – aquilo que o captura, submete-o ou mobiliza-o para pensar e agir sobre os efeitos das formas de submissão da subjetividade (como dizia o filósofo francês Michel FOUCAUT *apud* BOCK, 1999, p. 24).

O que se coloca quanto às considerações sobre a subjetividade hoje nos leva a reflexões sobre como se constrói o ser humano, o sujeito de direitos, capaz de viver dentro de leis sociais estabelecidas num determinado contexto cultural, exercer sua cidadania e participar efetivamente da organização social, em todos os espaços possíveis. E ainda, à abordagem psicanalítica, que entende o ser humano como “sujeito de desejo”. Buscando referência em Badiou, a concepção de sujeito que envolve eticamente estes conceitos explica-se da seguinte forma:

Supõe-se que exista um sujeito humano reconhecível em toda parte, que possui “direitos” de algum modo naturais: direito de sobreviver, de não ser maltratado, de dispor de liberdades fundamentais (liberdade de opinião, de expressão, de escolha democrática de governos, etc...). Esses direitos são considerados evidentes e merecedores de um amplo consenso. A ética consiste em preocupar-se por esses direitos, fazer com que sejam respeitados. (BADIOU 1995, p.18).

Badiou (1995) propõe que é fundamental ir além do que garante a defesa dos direitos humanos, ir buscar na dimensão ética o “sujeito humano”, que se constitui numa identidade subjetiva e objetiva, e que necessita encontrar o seu lugar na sociedade, respondendo por aquilo que o torna singular, como ser desejante.

Ao se perceber inserido no mundo do trabalho, o indivíduo interioriza novos modos de ser que podem emergir dessa relação, já que tais produções são sociais e históricas. Assim, todo movimento do sujeito dentro desse grupo estará comprometido com suas significações e representações afetivas anteriores e as atuais, que se encontram em construção na relação.

Paralelamente, diversos princípios legais visam garantir que essa relação de trabalho - empregador e empregado – se desenvolva com apoio em determinações que têm validade para todos, na medida em que são consensualmente admitidos e estabelecidos. Havendo uma uniformidade no modo de aplicar esses princípios, principalmente se carregam uma espécie de ideologia na forma de interpretar determinadas condições e aspectos do ser humano, e por isso mesmo se constituirão em “princípios ideológicos” que conseguem atingir e influenciar uma enorme quantidade de indivíduos. Decorre daí o surgimento de classificações reducionistas ou mesmo discriminatórias, prejudiciais ao convívio ético e moral.

Diante do exposto, uma classificação que seja capaz de desestruturar a personalidade do sujeito, deixando-o envergonhado de sua própria imagem, provocando-lhe uma crise de identidade e ferindo sua subjetividade, tornar-se-á um instrumento de tortura social, conhecido como discriminação. Discriminar significa diferenciar e especificar. Portanto, há de se ter um cuidado extremo quanto ao conjunto de comportamentos que implicam em demarcar fronteiras que poderão produzir preconceitos prejudiciais à inserção ou inclusão de qualquer forma de diferença, especificamente a do trabalhador que apresenta deficiência física e/ou intelectual.

O sentimento de inclusão refere-se a associações entre pessoas, em que a necessidade de sentir-se incluído se manifesta pelo desejo de receber atenção e de efetuar interações. Faz parte da inclusão o fato do “eu” ser singularmente diferenciado de outras pessoas. Porque ser inteiramente identificável é ser compreendido em suas expressões subjetivas; significa ainda que ao se apresentar aos outros, o indivíduo irá descobrir como se comunicar e atrair a atenção do outro para si.

Entretanto, quando a apresentação vem de fora, como uma marca, um rótulo que se interpõe, em primeiro plano, na relação entre

o “eu” e o “outro”, o sujeito pode sentir-se engessado naquele espaço reducionista e perder a chance de ser espontâneo nas apresentações e fazer-se perceber e entender, naquele momento e naquela oportunidade de construção da relação.

Podem surgir dúvidas acerca da capacidade do trabalhador portador de deficiência conseguir se comunicar adequadamente, no ambiente de trabalho, com a clientela. Acredita-se que um treinamento ou período breve de capacitação oferecido pela empresa empregadora, como é realizado em diversas situações preparatórias para desempenho de funções em muitas organizações na atualidade, seja um recurso ou ferramenta mais eficaz nesses casos. Isso implica principalmente em preservação ética do que Badiou explica como a garantia à defesa dos direitos humanos, o olhar direcionado para a dimensão ética do “sujeito humano”, aquele que participa espontaneamente do processo de interação social, com suas possibilidades e limitações, mas a partir de seus próprios recursos subjetivos e objetivos (melhorados com a capacitação) na reciprocidade das interações.

A instituição empregadora poderia argumentar que apresentar o empregado através de uma frase que o exalte (“Não sou deficiente, sou eficiente) seja uma forma de disciplinar a clientela ao sentimento de apoio, aceitação e de inclusão quanto às dificuldades apresentadas por aquele indivíduo. Entretanto, para breve reflexão, vejamos o que Foucault afirma sobre a força do poder disciplinar:

....um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior ‘adestrar’; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. (...) A disciplina ‘fabrica’ indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos, como instrumento de seu exercício.” (FOUCAULT, 1987, p. 143).

E ainda,

“Insere no sujeito a obrigação de ser algo já imposto. Entretanto, a sutileza deste poder é tanta, por se dar sobre a vida cotidiana, impondo uma lei de verdade que deve ser reconhecida por todos, que faz com que o indivíduo não perceba sua sujeição.” (FOUCAULT, 1988, p. 7).

O que fica para o empregado protagonista dessa situação é o sentimento de incômodo, de rejeição camuflada pela “boa vontade” das pessoas com as quais interage nas atividades laborais, de rejeição pelos colegas que se afastam daquilo que não compreendem ou não se dispõem a compreender, pela marca do preconceito, um rótulo ou estigma que se interpõe na interação.

Retomando a posição do Direito Trabalhista quanto às determinações legais que amparam o trabalhador portador de deficiência física e/ou intelectual, não foi encontrada nessa pesquisa – conforme desenvolvido no ítem 2 - fundamentação que se aplique à necessidade de se fazer uma apresentação especial pelo empregador deste trabalhador, diferenciando-o dos outros, mesmo que seja “enaltecendo suas possibilidades”. Portanto, a discussão desta temática recai sobre o uso que se faz das ferramentas legais que têm outros objetivos que não aqueles emergentes de interpretações protecionistas ou equivocadas de suas leituras.

Denuncia Lacan quanto às práticas de controle e de poder:

Todas essas tentativas, são normalizadoras e adaptativas, em sua pretensão de abafar o sujeito desejante: trata-se de ‘tapeações moralizantes’. É com o desejo que o sujeito está comprometido, e é pela sua enunciação que ele deve tornar-se responsável. Assim sendo, o esforço ético do sujeito será o de responder

por aquilo que faz e diz, e pelo desejo que habita sua fala e sua ação. (LACAN, 1999, p. 39-40).

Nesse modo de pensar o ser humano, observa-se que lhe é permitido escolher a relação, afirmar-se através dela em diversas situações, diferenciar -se por si mesmo em lugar de seguir aquilo que lhe dita quem quer que seja, mesmo que tenha que enfrentar inúmeros obstáculos, frente às suas limitações, e dar-se a conhecer de forma ativa, interativa.

4. CONCLUSÃO

Como visto, o que motivou o presente trabalho foi um caso prático. É sabido que os atos de discriminação são praticados de maneira velada, subliminarmente, e muitas vezes eles são rotulados como uma boa ação. Entretanto, o ordenamento jurídico democrático não tem espaço para qualquer discriminação, devendo ser combatida com afinco, caso ocorra.

A busca de fundamentação teórica em Psicologia e em Direito do Trabalho como referencial para o desenvolvimento dessa pesquisa, alia-se à construção de uma consciência ética do saber que todas as pessoas, bem como todos os trabalhadores, podem alcançar na busca do conhecimento acerca de novas formas de compreensão das relações saúde emocional/trabalho. É essencial que composições e combinações de saberes possam promover novos olhares e fazeres.

No aspecto jurídico, em nosso entendimento, a exigência feita pelo empregador ao empregado portador de deficiência mostra-se discriminatória, já que cria critério no local de trabalho que diferencia o trabalhador “normal” do portador de deficiência, sem amparo legal.

Desta maneira, por ser discriminatório referido ato atenta contra a dignidade da pessoa humana, provocando sério abalo à *psique* do

indivíduo atingido (dano moral) que deve ser passível de indenização pelos danos causados.

No aspecto psicológico entende-se que o trabalho é uma via de subjetivação, daí que as relações que emergem nesse contexto repercutem nos processos de subjetivação dos indivíduos, evidenciando-se a importância da percepção do impacto social sofrido pelas pessoas que apresentam um quadro diferenciado pela condição física e/ou mental, no processo de inserção social digna, no mundo do trabalho.

Para minimizar este tipo de sofrimento, daqueles que se vêm discriminados “protetoramente” por mecanismos inadequados do sistema organizacional trabalhista, faz-se necessário que se construam coletivamente novas formas de entendimento acerca das formas de subjetivação, inserção social e inclusão.

Por fim, acredita-se também que novas práticas poderão surgir, onde o conhecimento acerca do ser humano e a interpretação adequada da legislação pertinente tiverem lugar, permitindo assim a ampliação do campo de atuação para melhor produção de ações atentas a fenômenos sutis da essência humana no exercício diário da convivência.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.) Palavras e sinais, modelos críticos 2; tradução de Maria Helena Ruschel. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

ALTOÉ, Sônia. **Sujeito do direito, sujeito do desejo**: direito e psicanálise. 2. ed. Rio de Janeiro: Revinter, 2004.

BADIOU, Alain. **Ética: um ensaio sobre a consciência do mal**. Rio de Janeiro: Relume – Dumará, 1995

BARROS, Fernanda Otoni de. **Contando “causo” psicanálise e direito:** a clínica em extensão. 2. ed. **revis.** e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. v. 1. (Coleção Escritos em Psicanálise e Direito).

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 30 de março de 2014.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 198, de 13 de junho de 2001.** Aprova o texto da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, concluída em 7 de junho de 1999, por ocasião do XXIX Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, realizado no período de 6 a 8 de junho de 1999, na cidade de Guatemala. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/.../Decreto%20Legislativo%20198.doc>. Acesso em: 30 de março de 2014.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm. Acesso em: 30 de março de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Violação à dignidade humana do trabalhador. Discriminação por ser deficiente físico. Indenização por dano moral. Caráter pedagógico.** Embargos de Declaração nº 0110900-82.2008.5.05.0009ED. Embargante: C E A MODAS LTDA. Embargado: Eric Franco Nunes Tavares. Relatora: Des. Maria Adina Aguiar. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=acordaoConsultaProc>. Acesso em: 30 de março de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Violação à dignidade humana do trabalhador. Discriminação por ser deficiente físico. Indenização por dano moral. Caráter pedagógico.** Recurso Ordinário nº 0000986-53.2012.5.03.0024RO. Recorrente: Leonardo Luiz Cesário Dantas. Recorrido: TIM Celular S.A e A & C Soluções LTDA. Relatora: Des. Maria Adina Aguiar. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/51129211/trt-3-21-02-2013-pg-172>. Acesso em: 30 de março de 2014.

BOCK, A. M. **Psicologias**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRANDÃO, Eduardo; GONÇALVES, Hebe Signorini. **Psicologia jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: Nau Editora. 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Almedina: Lisboa. 2003.

FIGLIOLI, José Osmir; MANGINI, Rosana C. Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FREUD, S. (1987o). **Além do princípio do prazer**. (Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Vol. 18) Rio Janeiro: Imago. Originalmente publicado em 1920.

FREUD, S. (1987n). **O ego e o id** (Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, V. 19). Rio Janeiro: Imago. (Originalmente publicado em 1923).

FOUCAULT, M. (1987). **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis : Vozes.

FOUCAULT, M. (1988). El sujeto y el poder. **Revista Mexicana de Sociologia**, v. 50, n.3. Jul/Set, p.3-20.

LACAN, Jacques. **L'Éthique de La Psycanalyse**. Paris : Seuil, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátiães; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva: São Paulo, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito de família e psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

ROVINSKI, Sônia L. Reichert; CRUZ, Roberto Moraes. **Psicologia jurídica**: perspectivas teóricas e processos de intervenção. São Paulo: Vetor, 2009.

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA EUTANÁSIA EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Victor Lins Romano Esteves¹

Hessen Handeri de Lima²

RESUMO

O presente artigo visa analisar a possibilidade jurídica da eutanásia, no ordenamento jurídico brasileiro, tendo por foco uma análise do direito à vida, face ao princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE

Eutanásia. Dignidade da pessoa humana. Direito à vida. Possibilidade jurídica.

ABSTRACT

This article analyses the legal possibility of euthanasia in the Brazilian legal system, focusing on the study of the right of living and the human dignity principle.

KEYWORDS

Euthanasia. Human dignity. Right of living. Legal possibility.

1 - INTRODUÇÃO

A eutanásia, muito embora seja uma prática extremamente antiga, é tida para alguns estudiosos do direito como o grande desafio deste século. Tal afirmação tem absoluta pertinência, especialmente pelo

¹ Bacharel em Direito, ex aluno da FENORD

² Especialista em Direito Público, professora da FENORD

advento dos avanços atuais na área da biotecnologia, que traz implicações no que diz respeito ao término da vida.

Surge, então, o conflito principiológico entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, ambos insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Os que defendem a indisponibilidade absoluta da vida entendem que a eutanásia jamais será uma opção plausível, em nenhuma hipótese adentrando as peculiaridades do caso concreto.

O presente entendimento encontra espeque legal no artigo 121, parágrafo 1º do Código Penal Brasileiro, que embora não preveja expressamente nenhum tipo penal específico para a eutanásia, a regula tacitamente, prevendo que caso o agente cometa o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Sobre os argumentos desfavoráveis, asseguram alguns que a eutanásia violaria o princípio da sacralidade da vida e, ainda, que poderia ser motivada por fins não altruísticos, para obtenção de herança, seguros de vida, por exemplo. (NAMBA, 2009, p. 176). Contudo, acerca desse último argumento, é importante ressaltar que o desvirtuamento da finalidade misericordiosa, que é intrínseca ao termo “boa morte”, *de per si* já descaracteriza a eutanásia.

Nessa toada, se, hipoteticamente a eutanásia fosse legalizada no Brasil e ficasse constatado que a sua finalidade foi desvirtuada em determinado caso, fatalmente o agente deveria ser severamente punido, inclusive por homicídio qualificado, devendo ser observada a torpeza que acaso tenha motivado o crime.

De maneira diametralmente oposta, os que defendem a prática da eutanásia fundamentam seu raciocínio com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo tal entendimento, o direito à vida não seria, como qualquer outro direito, absoluto, bem como seu caráter de indisponibilidade mereceria ponderações.

Nesse sentido, aquele que defende o ato aponta para a necessidade de que seja respeitada a liberdade de escolha do ser humano que padece e decide, sendo competente e autônomo, impor fim à sua vida. Além disso, a eutanásia reveste-se de caráter humanitário, propiciando que se livre o enfermo de um sofrimento insuportável, retirando-se uma vida que, na visão do próprio paciente, não teria mais sentido de ser vivida (NAMBA, 2009, p. 176).

Por fim, é de se concluir que sobre o tema em apreço, longe está de haver um entendimento pacificado. Dessa forma o debate se afigura, muita das vezes, absolutamente turvo, haja vista que, não raro, o aspecto cultural e religioso afeta sobremaneira o entendimento contrário ou a favor da sua prática. Assim, realizar uma pesquisa científica acerca da sua possibilidade jurídica é, de fato, um trabalho necessário.

2 - ABORDAGEM HISTÓRICA E ORIGEM ETIMOLÓGICA DO TERMO EUTANÁSIA

A origem etimológica do termo eutanásia remonta ao grego, cujo prefixo *eu* significa boa e o sufixo *thanatos* (morte), remete à ideia de uma boa morte, ou seja, uma morte digna.

A expressão eutanásia, pelo que se tem notícia, “foi utilizada pela primeira vez por Francis Bacon, em 1623, em sua obra *Vitae et mortis...*” (SOUZA, 2002). Atualmente, é usada para caracterizar a prática pela qual se busca, por compaixão, uma morte provocada por terceiro, ao doente incurável, acometido por grave sofrimento.

Sobre o tema, Edson Namba (2009, p. 171) preleciona que “a verdadeira eutanásia ocorre quando a morte é provocada em quem é vítima de forte sofrimento e doença incurável”. Dessa forma, para que fique caracterizada a eutanásia, a morte deve ser praticada por

um terceiro movido por compaixão, bem como o sujeito passivo deve necessariamente estar acometido por forte sofrimento, decorrente de algum mal incurável.

Entretanto, em tempos remotos, notadamente pelo grau de desenvolvimento cultural das diversas sociedades humanas, a eutanásia assumia diferentes contextos. A título de exemplo, é sabido que em um dado momento do período helenístico, os antigos gregos deixavam os velhos e bebês nascidos com deformidades morrer ao relento, com propósitos eugênicos, ou seja, com o intuito de purificar a raça.

Nessa rota,

entre os povos primitivos era admitido o direito de matar doentes e velhos, mediante rituais desumanos. O povo espartano, por exemplo, arremessava idosos e recém-nascidos deformados do alto do Monte Taijeto. Em Atenas, o Senado ordenava a eliminação de anciãos doentes, ministrando-lhes veneno (*conium maculatum*) em banquetes especiais. Já houve até mesmo quem afirmasse que os guardas judeus tinham o hábito de oferecer aos crucificados o *vinho da morte* ou vinho Moriam, contendo substância causadora de um sono profundo e prolongado, para que não mais sentissem as terríveis dores e caíssem em letargia, passando insensivelmente à morte. (DINIZ, 2002, p. 325)

Contudo, tal prática nada tem em comum com a atual tônica que atualmente envolve a discussão sobre a eutanásia, que leva em conta os mais enaltecidos princípios humanísticos, tais como a dignidade da pessoa humana, bem como os princípios norteadores da bioética, tais como a autonomia, benevolência, não-maleficência e justiça.

Destarte, como sói de ser em questão tão controversa como a presente, antigos filósofos também se colocavam contra a prática da

eutanásia, como bem preceitua Cimon Burmann de Souza, em passagem textual acerca dos ensinamentos de Hipócrates sobre a arte médica, que ora se traz à baila,

Nesse sentido, tornou-se célebre o juramento hipocrático, segundo o qual “eu não darei qualquer droga fatal a uma pessoa, se me for solicitado, nem sugirirei o uso de qualquer uma deste tipo.” (SOUZA, 2002, p. 147)

Já no século XX, movido por propósitos visivelmente eugênicos e desumanos, a exemplo dos antigos gregos, o ditador megalomaníaco Adolf Hitler comandou o extermínio de milhões de judeus, durante a 2ª guerra mundial. O holocausto foi certamente uma das mais terríveis heranças do século XX, devendo permanecer latente na história da humanidade indefinidamente. Entretanto, como já explicitado alhures, nada tem em comum com a verdadeira eutanásia.

Oportunamente, apenas concluindo o breve histórico acerca da eutanásia, calha ressaltar que o avanço da biotecnologia, iniciado no século XX e início do século XXI, trouxe novamente aos palcos dos estudiosos das ciências médicas e jurídicas os debates polêmicos sobre a “boa morte”.

Com efeito, não obstante os avanços biotecnológicos terem proporcionado luminosos ganhos ao bem-estar da sociedade, também causam sérios prejuízos a pacientes em estados terminais de doenças graves.

Isso porque, o prolongamento indefinido e artificial da vida humana, por meio de novas terapias e modernos equipamentos médicos, têm o condão de acarretar inúmeras discussões acerca do caráter de indisponibilidade da vida, tendo em vista que não se pode pensar em vida meramente biológica, mas sim uma existência

permeada por um leque direitos fundamentais, como a dignidade e autonomia sobre corpo e mente, mormente em situações extremas.

Em outras palavras, os avanços da medicina trazem a discussão sobre a legitimidade ou não das pessoas, à beira da morte, em escolher se querem se submeter a terapias extraordinárias ou, simplesmente, abraçar o desconhecido.

3 - ESPÉCIES DE EUTANÁSIA

3.1 – EUTANÁSIA ATIVA, PASSIVA E DE DUPLO EFEITO. EUTANÁSIA VOLUNTÁRIA E INVOLUNTÁRIA

Não há homogeneidade na doutrina acerca das variadas espécies de eutanásia. Nesse contexto, não obstante tal dissenso na classificação, existe uma divisão clássica e didática sobre a eutanásia, que nesse trabalho se lança mão.

Edson Namba (2009, p. 172), preleciona que “existe uma clássica divisão: eutanásia ativa, eutanásia passiva e eutanásia de duplo efeito (...) pode ser dividida em eutanásia voluntária, eutanásia involuntária e não voluntária” A eutanásia ativa ocorre pela prática de um ato deliberado de provocar a morte do enfermo, por motivo de relevante valor moral, qual seja, a piedade, a exemplo da utilização da injeção letal.

De maneira diversa, a eutanásia passiva ocorre pela omissão, seja porque o médico se abstenha de uma ação, seja porque se interrompa uma terapia extraordinária, de forma que a morte seja ocasionada.

Nesse ponto, cumpre informar que há o entendimento de que a eutanásia passiva ou omissiva é sinônimo de ortotanásia, posto que têm efeitos semelhantes, no que tange à omissão do médico em aplicar tratamentos extraordinários em doentes terminais.

O objetivo da eutanásia passiva ou omissiva é garantir uma morte natural ao enfermo, no seu devido tempo, em situações em que o doente já se encontra em processo natural de morte, opta-se por não aplicar terapias artificiais e muitas das vezes, causadoras de muito sofrimento.

Já em outro tipo de classificação, têm-se que a eutanásia de duplo efeito ou indireta ocorre quando a morte é acelerada como consequência subsidiária de medidas que visam ao alívio da dor dos pacientes terminais. Nesse sentido, “quanto à eutanásia de duplo efeito, a morte é acelerada como consequência de ações médicas não visando ao êxito letal, mas ao alívio do sofrimento de um paciente...” (NAMBA, 2009, p. 172).

No que toca à classificação da eutanásia de acordo com o consentimento do paciente, esta pode ser voluntária, não voluntária e involuntária.

Na eutanásia voluntária, atende-se a um requerimento expresso do sujeito passivo. De modo contrário ocorre a eutanásia involuntária, quando o ato é realizado contra a vontade do doente. Insta pontuar que esta última classificação é meramente doutrinária e tecnicamente incorreta, tendo em vista que em nada se coaduna com o fim humanístico da prática da eutanásia, já que é necessário consentimento da vítima para a sua prática.

Por fim, ocorre a eutanásia não voluntária se a morte é provocada sem que se saiba a real intenção do enfermo. Sobre esta última modalidade, discute a doutrina se em caso de incapacidade do doente, sua família ou representante legal poderia optar pela morte misericordiosa.

Com efeito, essas são as principais classificações dadas à eutanásia pela doutrina.

3.2 EUTANÁSIA SOCIAL

A eutanásia social ou mistanásia é uma morte miserável, que ocorre prematuramente. Em sentido totalmente oposto ao adotado para caracterizar a eutanásia genuína, aquela é fruto da precariedade dos serviços públicos de saúde, mormente nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

Nessa seara, “na América Latina, de modo geral, a forma mais comum de mistanásia é por omissão de socorro estrutural que atinge milhões de doentes durante sua vida inteira e não apenas nas fases avançadas e terminais de suas enfermidades” (NAMBA, 2009, p.174).

Noutro enfoque, é possível afirmar que a mistanásia, malgrado a precariedade e o sucateamento do sistema público de saúde brasileiro, também tem como causa a violação dos princípios da justiça e da não-maleficência.

3.3 SUICÍDIO ASSISTIDO

Diferentemente da eutanásia, onde há onexo causal entre o ato comissivo ou omissivo praticado pelo agente e a morte do moribundo, no suicídio assistido a morte é uma consequência de ato praticado pelo próprio enfermo, que por não dispor de meios eficazes para levar a própria vida a termo, solicita tão somente o auxílio de outrem.

A título ilustrativo, tome-se o exemplo do neto, que por misericórdia, leva pasta de documentos com arma de fogo para o seu velho avô que se encontra internado em um hospital, mesmo sabendo de suas intenções suicidas.

Apesar do sentimento de misericórdia que impulsiona aquele que auxilia, a conduta se enquadra no fato típico delitivo previsto no

artigo 122 do Código Penal Brasileiro, ou seja, o delito de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio

Parte dos doutrinadores que enfrentam o tema entendem que “na morte assistida não há fato materialmente típico, por não constituir um ato desvalioso contra a dignidade humana, mas sim a favor dela” (NAMBA, 2009, p. 175).

3.4 DISTANÁSIA

Entende-se por distanásia justamente o oposto da eutanásia, ou seja, enquanto nesta última há uma conduta comissiva ou omissiva, que tem por finalidade antecipar a morte de alguém que se encontra infligido por grave sofrimento e sem esperança de cura, ocorre a distanásia quando o médico provoca o prolongamento artificial do processo de morte, causando grande sofrimento ao enfermo.

Destarte, a distanásia é também denominada “escarniçamento terapêutico, obstinação terapêutica ou tratamento fútil e inútil, tendo como paradigma de legitimação os avanços tecnocientíficos e o mercantilismo aviltante da medicina” (NAMBA, 2009, p. 173).

No âmbito tecnocientífico, o emprego da distanásia se justifica pelo valor absoluto que se atribui erroneamente à vida humana. Nesse aspecto, a morte se torna o arqui-inimigo da medicina, que deve combatê-la a todo custo, deixando, no entanto, em segundo plano o bem-estar do enfermo.

Entretanto, a postura adotada pelo profissional da medicina que pratica a distanásia atenta contra o princípio da dignidade humana, bem como o princípio da não-maleficência, devendo portanto ser evitada a todo custo.

Não obstante, têm-se que a única hipótese capaz de legitimar a prática da distanásia seria no caso do próprio paciente assim o desejar, expressa ou tacitamente. Entretanto, a vontade do paciente no

sentido de se submeter a terapias extraordinárias, *de per si*, descaracteriza a ocorrência da distanásia, pois esta tem como pressuposto a não observância da autonomia do enfermo.

3.5 ORTOTANÁSIA

O termo ortotanásia é utilizado para caracterizar a morte no seu devido tempo. Para Edson Namba (2009, p. 173), “a ortotanásia significa o não prolongamento do processo da morte além do que seria natural.”

Quando se trata de ortotanásia, deve-se ter em mente que não se abrevia, como na eutanásia ativa, nem se prolonga por meio de terapias extraordinárias desproporcionadas, o processo de morte.

Sobre o tema, Mônica Silveira Vieira disserta da seguinte forma,

A ortotanásia é a única prática aplicada ao paciente no final da vida que pode efetivamente garantir o respeito à sua dignidade, ajudando-o a enfrentar com o mínimo de medo possível a aproximação da morte e a recuperar o sentido da vida (...). Para a maior parte das pessoas que se encontram em notável vulnerabilidade decorrente de doença, diante da constatação de que não há possibilidade de alterar o curso dos acontecimentos, a questão a ser solucionada é “*a atitude diante do eu*”, além da “*valorização ou desvalorização do eu por outros*”, com grave risco de se cair na apatia, no desespero, no isolamento (...) com certeza, a solução para tais desafios não é simples, mas, com certeza, passa muito mais pelos “*hábitos do coração*” do que por teorias intelectuais”. (VIEIRA, 2009, p. 246-247).

Ainda sobre o tema, têm-se que,

A ortotanásia é o ato de deixar morrer em seu tempo certo, sem abreviação ou prolongamento desproporcionado, mediante a suspensão de uma medida vital ou de desligamento de máquinas sofisticadas, que substituem e controlam órgãos que entram em disfuncionamento. (DINIZ, 2002, p. 330).

Com efeito, a ortotanásia é uma prática adotada pela sociedade brasileira, tanto é assim que o Conselho Federal de Medicina optou por bem editar a resolução de nº 1.805/06, cujo artigo 1º assim dispõe:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

Noutro giro, verifica-se que a ortotanásia é prática aceita até mesmo pelo Vaticano. Nesse sentido,

A Igreja Católica, no *Evangelho de Vida*, texto do Papa João Paulo II, de maio de 1995, admite a decisão de “renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, a certas intervenções já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionais aos resultados que se poderiam esperar e porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida.” (CARVALHO, 2010, p. 766).

Destarte, pode-se concluir que a prática da ortotanásia ou eutanásia omissiva não pode ser considerada e tratada como crime, tendo em mente que o fato de deixar morrer, diante da absoluta impossibilidade terapêutica de cura justifica a inexistência do dever de manter procedimentos fúteis.

3.6 O DIREITO COMPARADO

O estudo do direito comparado é de salutar importância para a construção de um raciocínio sedimentado e maduro sobre o tema eutanásia. Entretanto, é preciso se atentar que muitas das vezes, as soluções adotadas por diferentes países, em diferentes épocas, deriva de fatores como cultura, religião, história e concepções morais dominantes.

Desta feita, não se deve simplesmente importar soluções adotadas por outros países, com diferentes ordenamentos jurídicos, pois se devem procurar as soluções adequadas à realidade de cada sociedade, de modo que sejam compatíveis com os direitos e princípios fundamentais vigentes em cada ordenamento jurídico (VIEIRA, 2009, p. 124).

Os EUA têm ampla autonomia legislativa, desse modo, inclusive com relação à eutanásia, os diferentes estados federados legislam das mais variadas formas.

O Congresso do Estado americano de Oregon aprovou, em 1986 uma lei que autoriza o suicídio assistido, entretanto, a referida lei gerou enorme celeuma, “inclusive entre os defensores da eutanásia” (VIEIRA, 2009, p. 125).

Em época anterior, nos estados americanos de Ohio e Iowa, no início do século XX tentou-se legalizar a eutanásia, o mesmo tendo ocorrido em Nova York poucos anos após, entretanto as tentativas não se frutificaram.

Já na Califórnia, mais precisamente em 01/01/1977, foi editada uma norma chamada *Natural Death Act* (lei da morte natural), dispondo no sentido de que, as pessoas adultas possuem o direito fundamental de controlar as decisões concernentes aos cuidados médicos que lhes possam ser prestados, incluindo o de dispor sobre a utilização ou interrupção de procedimentos clínicos tendentes a prolongar-lhes a vida em hipótese de situação terminal. (PESSINI, 2004, p. 109).

Também ficou registrado na Lei da Morte Natural que, pelo fato da moderna tecnologia médica ter tornado possível o prolongamento da vida humana para além dos limites naturais, no caso de pessoas em situação terminal, pode causar a perda da dignidade humana, além de representar um ônus emocional deveras nefasto para o paciente e família, em contrapartida, em nada beneficiando o doente, clinicamente falando.

Com efeito, considerando as considerações até aqui tecidas, percebe-se que os EUA se mostram bastante liberais no que toca à disponibilidade de direitos, inclusive os inerentes à personalidade, nesse sentido,

Os Estados Unidos ainda não firmaram posição efetivamente favorável à legalização da eutanásia ativa. Diversa é a situação no tocante à eutanásia passiva, sendo cada vez mais enfática a afirmação do direito de qualquer pessoa a deixar registrada sua manifestação de vontade acerca do tratamento que pretende lhe seja dispensado, no final da vida, expressando se aceita ou não a aplicação de meios de manutenção da vida e de reanimação. (VIEIRA, 2009, p. 129).

Sobre o tema, outra não é a tendência da Inglaterra, onde “fortalece-se cada vez mais um movimento chamado *Voluntary Euthanasia Society*, em prol da eutanásia” (VIEIRA, 2009, p. 131).

Em 1990, os médicos ingleses passaram a atuar sob a proteção do Instituto de Ética Médica da Inglaterra, para encontrar, na morte, a solução mais adequada para evitar que os pacientes acometidos de enfermidades terminais sofram dores intensas e incessantes ou padeçam do desespero causado por enfermidades incuráveis, tendo em consideração os benefícios e prejuízos decorrentes do prolongamento artificial da vida, nos casos em que os doentes tenham manifestado reiteradamente o desejo de morte.

Outro aspecto interessante diz respeito à eutanásia de duplo efeito, na Inglaterra, “admite-se a administração de medicamentos de alívio da dor que tenham por efeito secundário previsível, embora não almejado, abreviar a vida (princípio do duplo efeito).” (VIEIRA, 2009, p. 131).

Sem embargo, a jurisprudência inglesa também reconhece o direito dos seus cidadãos em redigir o chamado testamento vital, documento público pelo qual a pessoa, caso se torne incapaz, possa exprimir validamente sua vontade, como a ordem de suspensão das medidas de sustentação da vida, em caso de pacientes em estado vegetativo persistente.

País vanguardista em temas polêmicos como a eutanásia e o uso de entorpecentes é a Holanda, que tem-se mostrado mais liberal que a maioria dos outros países. Nesse país, a prática da eutanásia foi despenalizada em 2001, inclusive em sua modalidade ativa. Segundo ensina Mônica Vieira, 90% dos holandeses foram favoráveis à lei que aprovou a despenalização da eutanásia no país, sendo que a nova lei representou somente a legalização de uma prática que, há décadas, vinha sendo adotada em hospitais holandeses. (VIEIRA, 2009, p. 132)

Como bem preleciona Pierre-Henri Bolle, a lei dispõe que para a prática da eutanásia, são necessárias sete condições:

a doença do candidato à eutanásia deve ser incurável e lhe causar sofrimentos insuportáveis; o pedido do paciente deve ser voluntário e refletido; o paciente receber do médico informação completa sobre sua condição; o médico deverá consultar pelo menos um colega que concorde com uma intervenção; a assistência ao falecimento deve ser minuciosamente preparada e organizada; a eutanásia, uma vez praticada, deve ser submetida ao controle de uma comissão paritária regional composta por um magistrado, um médico e um especialista, que verifique se os critérios de minúcia foram efetivamente respeitados; em caso de desrespeito, a comissão deverá apresentar uma denúncia à Justiça Penal. (BOLLE, 2001, p. 18).

Sem embargo, como já dito alhures, deve-se evitar a importação de soluções de países estrangeiros sem critério já que no Brasil, nem os serviços mais básicos de saúde são prestados de maneira correta. Dessa forma, pode-se, com tranquilidade, prever que a adoção de uma lei despenalizadora da eutanásia, inclusive na forma ativa, como nos moldes holandeses, ao menos atualmente iria ser letra morta, devido à total falta de infraestrutura do sistema único de saúde.

Superada essa rápida digressão sobre a saúde pública do Brasil, é de bom alvitre que se retome a linha argumentativa acerca do tratamento dado à eutanásia no direito comparado.

Em alguns países sul americanos, o tratamento dado à eutanásia, não raro, identifica-se com a tendência de parte da Europa, senão, vejamos,

O Código Penal uruguaio prevê como causa de impunidade o homicídio piedoso, desde que o agente tenha sido levado por compaixão, mediante reiteradas súplicas da vítima. Esse Código, no art. 37, e o da Colômbia, no art. 365, concedem o benefício do perdão judicial em caso de eutanásia ativa, se realizada com a

anuência expressa do paciente terminal. (DINIZ, 2002, p. 326)

Ainda nessa toada, o tratamento dado à eutanásia na China merece destaque, segundo reporta Maria Helena Diniz,

O jornal *China Daily*, de Pequim, em 21 de dezembro de 1988, noticiou que o Ministério da Saúde decidiu não interferir nos hospitais dispostos a realizar a eutanásia em pacientes terminais, porque, com ela ter-se-ia o fim do sofrimento desses doentes e o alívio mental e físico para os parentes. (DINIZ, 2002, p. 328)

Noutro enfoque, Mônica Vieira, apud Hans-Juergen Kerner, traz à tona que,

na Alemanha, a eutanásia pode ser considerada ato de homicídio contra pessoa muito doente, mesmo em face de seu pedido expresso e sincero, para pôr fim aos seus sentimentos. Informa que tal hipótese é considerada caso privilegiado de homicídio voluntário. (VIEIRA, 2009, p. 144)

Entretanto, é necessário perquirir a origem do tratamento dado à eutanásia pelo sistema alemão, tendo em vista que o país passou pelo Holocausto judeu deflagrado por Hitler, que no ápice da loucura humana, ordenou a morte de milhões de pessoas, no intuito de purificar a raça ariana. Dessa forma, o povo alemão, em um tipo de memória coletiva, sofre o medo de que uma possível regularização da eutanásia possa ser desvirtuada num novo holocausto eugênico

Por fim, com base no que aqui foi exposto acerca do tratamento dado à eutanásia pelo direito comparado, é de se concluir que não obstante as pesadas críticas que incidem negativamente sobre o tema,

a sua prática vem ganhando aceitação no cenário mundial, principalmente com relação à eutanásia passiva ou ortotanásia e a eutanásia de duplo efeito.

4- A BIOÉTICA E O BIODIREITO

4.1 A EUTANÁSIA SOB O ENFOQUE BIOÉTICO

A eutanásia é classificada como um tema a ser estudado pela Bioética das situações persistentes, ramo da ciência que se preocupa com as práticas há muito conhecidas pela humanidade, ao contrário da bioética das situações emergentes, que trata de temas que surgem de acordo com a evolução tecnocientífica dos últimos séculos.

Destarte, o estudo do tema deste trabalho, sob o enfoque da bioética, é realizado em face dos princípios norteadores daquela ciência, a saber: o princípio da autonomia; princípio da beneficência; princípio da não-maleficência e, por fim, o princípio da justiça.

Prima facie, já se pode concluir que existe um aparente conflito, com relação à prática da eutanásia, no que se relaciona à observância concomitante dos princípios da autonomia, beneficência e não-maleficência. Isso porque, de acordo com o princípio da autonomia, o paciente deve ser livre para escolher entre se submeter a terapias incisivas sobre o seu próprio corpo ou rejeitá-las, levando-se em conta o bem potencial que cada tratamento pode proporcionar no caso concreto. De outro lado, o princípio da não-maleficência deve ser observado, no sentido de que o médico não pode utilizar os seus conhecimentos para prejudicar ou causar sofrimento ao enfermo, enquanto pelo princípio da beneficência, o médico deve sempre que possível adotar o tratamento que traga o melhor para o seu paciente.

Entretanto, nos casos de doentes terminais, com enfermidades tidas como incuráveis e sob forte sofrimento físico e/ou psíquico, a conduta a ser tomada pelo médico, não raro, é de difícil escolha.

Tendo em vista que a subjetividade no trato de tais situações abre caminho para um sem número de juízos de valor acerca da conduta a ser tomada no caso concreto.

Diante disso, avulta-se a importância do estudo da bioética no que se relaciona à eutanásia e a sua possibilidade jurídica no ordenamento pátrio.

4.2 ORIGEM E CONCEITUAÇÃO DA BIOÉTICA

A bioética é um novo ramo do saber, oriunda de uma correlação entre a ética, os progressos científicos, notadamente aqueles voltados para a biotecnologia e as ciências da vida, como a medicina.

O entrecruzamento entre tais ciências, juntamente com o progresso biotecnológico, mudou de forma radical a tradicional forma de agir dos profissionais da saúde, dando outro enfoque à ética médica e, por via de consequência, deu origem à bioética. (DINIZ, 2002, p. 5).

O termo bioética foi utilizado pela primeira vez pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter, em sua obra chamada “Bioethics: Bridge to the future”, de 1971.

Nessa direção, para o autor

a bioética seria então uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal (...) A bioética, portanto, em sua origem, teria um compromisso com o equilíbrio e a preservação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida no planeta. (DINIZ, 2002, p. 09-10).

Aliás, atualmente esse significado encontra-se defasado. O termo passou a ser considerado como a ética das ciências da vida, ou seja, uma ética biomédica.

Com efeito, essa nova concepção da bioética sedimentou-se no ano de 1979, quando do lançamento da obra “The Principles of Bioethics”, escrita por Beauchamp e Childress. (DINIZ, 2002, p.10)

Em última análise, essa ciência seria uma resposta da ética e até mesmo da consciência humanística aos avanços da biotecnologia, tanto dos problemas éticos relacionados ao campo da saúde, notadamente os alusivos ao início e fim da vida, como dos que causam a degradação do planeta.

4.3 FINALIDADE ESSENCIAL DA BIOÉTICA

A bioética tem a finalidade última de sempre colocar o ser humano e a sua dignidade acima das instituições que visam ao avanço tecnocientífico desregrado.

Nessa rota,

A bioética deverá ser um estudo deontológico que proporcione diretrizes morais para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biomedicina, que giram em torno dos direitos entre a vida e a morte... (DINIZ, 2002, p. 13).

Ante o exposto, pode-se concluir que essa ciência é de vital importância, tanto para a sociedade atual como para as futuras gerações, pois visa pontuar os critérios que possam originar novas situações jurídicas, com o objetivo humanístico de salvaguardar a sacralidade da vida humana. Desse modo, a ciência bioética deve se pautar por princípios básicos, que em seguida serão explanados.

4.4 PRINCÍPIOS BIOÉTICOS BÁSICOS

Como toda ciência, a bioética se pauta por alguns princípios norteadores, que lhe servem de parâmetro para a tomada de suas diretrizes e realização de pesquisas científicas.

Como é uma ciência humanística, esse ramo do saber se inspira em quatro princípios básicos que enaltecem a pessoa humana, a rigor: não-maleficência, justiça, beneficência e autonomia. Conquanto os dois primeiros tenham caráter deontológico, ou seja, normativo e de observância peremptória, os últimos se perfazem de cunho teleológico, pois mostram a finalidade última a ser atingida pela bioética, na busca do seu intento.

4.4.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Tal princípio se relaciona ao respeito pela vontade do paciente ou mesmo do seu representante legal e familiares, em caso de incapacidade. O seu escopo é proteger o domínio do paciente sobre a sua própria vida.

Segundo autorizada doutrinadora, esse princípio considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia. (DINIZ, 2002, p.15).

O profissional da saúde, à luz do princípio da autonomia, ao lidar com o paciente deve levar em conta seus valores morais e crenças religiosas, mas não de forma absoluta. Portanto, não se pode conceber, ao menos na sociedade atual, uma autonomia absoluta, que possa inclusive entrar em conflito com a própria segurança e dignidade do sujeito.

4.4.2 PRINCÍPIOS DA BENEFICÊNCIA E NÃO-MALEFICÊNCIA

Esse princípio vem à tona na medida em que o médico só pode se utilizar de qualquer tratamento para o próprio bem do paciente. Os princípios da beneficência e da não-maleficência são lados opostos de uma mesma moeda.

Sobre essa afirmação, veja-se

o princípio da beneficência requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos. (DINIZ, 2002, p. 15).

Para Edson Tetsuzo Namba (2009), o princípio da beneficência “se traduz na obrigação de não causar dano e de extremar os benefícios e minimizar os riscos.”

Já o princípio da não-maleficência deriva do brocardo romano *primum non nocere*, sendo um desdobramento do princípio da beneficência, segundo o qual o profissional da saúde não pode causar dano intencional ao paciente.

4.4.3 Princípio da Justiça

Intrinsecamente ligado à isonomia, seu postulado é que se deve proporcionar tratamento equânime aos iguais.

Nessa rota,

O princípio da justiça requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à

prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente. (DINIZ, 2002, p. 16).

Ainda nessa toada, entende-se que o princípio da justiça tem como finalidade a correção da determinação estrita do texto legal. Assim, no princípio “da justiça ou equidade, a norma reguladora deve procurar corrigir, tendo em vista o corpo-objeto do agente moral, a determinação estrita do texto legal”. (NAMBA, 2009, p. 11)

Enfim, conclui-se que os quatro princípios bioéticos são os parâmetros das condutas médicas, investigações e pesquisas no campo da bioética.

4.5 O BIODIREITO

O Biodireito, assim como a bioética, tem um sentido intrinsecamente humanístico, tendo em conta o respeito à dignidade da pessoa humana. Não obstante a importância do biodireito, o seu estudo ainda é desvinculado dos currículos das faculdades de direito.

Destarte, não foi desenvolvida uma teoria geral que se valha de insculpir os princípios norteadores e regentes desse ramo do saber. Não obstante, “os princípios fundamentais devem constituir os princípios do biodireito.” (NAMBA, 2009, p. 14).

Noutro giro, o biodireito surgiu para realizar a *ratio juris* e dar conta das inovações que a revolução biotecnológica vem trazendo.

Nessa conformidade,

Cabe ao biodireito pensar tanto as normas quanto os critérios da decisão sobre as inovações da biotecnologia. A inspiração que lhe advêm da bioética reside sobretudo, nos princípios que esta sugere no tocante à finalidade da vida humana...(HRYNIEWICZ, 2000, p. 47)

Pelo exposto, pode-se concluir que o biodireito, apesar de ser desprovido de uma teoria geral, até porque é um novo ramo do saber jurídico, tem extrema importância no que concerne aos avanços da biotecnologia e suas implicações sobre a vida humana, bem como nas situações da bioética persistente, no caso da eutanásia.

5 - O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O DIREITO À VIDA E À EXISTÊNCIA CONDIGNA.

Tal princípio tem como corolário lógico a constatação de que “o homem é um fim em si mesmo, nunca podendo ser utilizado como meio para a consecução de qualquer finalidade.” (VIEIRA, 2009, p.45).

Partindo dessa premissa, não é difícil de se concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana é a pedra angular de todo o sistema jurídico.

Sobre o tema, necessário se faz trazer à tona o entendimento de Kildare Gonçalves Carvalho no sentido de que,

A dignidade da pessoa humana significa ser ela, diferentemente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado como um fim em si mesmo, e não para a obtenção de algum resultado. A dignidade da pessoa humana decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita: todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas, já que é marcado, pela sua própria natureza, como fim em si mesmo, não sendo algo que pode servir de meio, o que limita, conseqüentemente, o seu livre arbítrio, consoante o pensamento Kantiano. (CARVALHO, 2010, p. 693).

Decerto que o princípio em tela representa o que a natureza humana tem de mais bela e profunda, que se consubstancia na transcendência sobre a coisificação e instrumentalização do ser humano, pois o homem é um fim em si mesmo, e não um meio para que se possa atingir objetivos diversos do que sua a própria realização como ser em si.

Nesse sentido, “os bioeticistas devem ter como paradigma de conduta o respeito à *dignidade da pessoa humana*, que é fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III)”(DINIZ, 2002, p. 17). Assim, a dignidade da pessoa deve se impor sobre qualquer tipo de avanço tecnológico.

Acerca do seu caráter jurídico, extrai-se que,

a função da dignidade não é meramente de princípio informador de outros, podendo ser aplicada de forma direta e autônoma, com força normativa total existindo verdadeiro direito subjetivo de toda pessoa a exigir a garantia e proteção de sua dignidade. (VIEIRA, 2009, p. 48)

E, sendo assim, o respeito não só à dignidade, mas também à autonomia do enfermo deve pautar a conduta médica e do judiciário com relação à prática da eutanásia passiva ou ortotanásia, que diga-se de passagem, já se encontra regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina como conduta adequada, bem como a eutanásia de duplo efeito, que visa ao alívio das dores do enfermo, mesmo que secundariamente abrevie o óbito.

Nessa rota, Edson Namba (2009, p. 19) ressalta que “não se deve relegar a segundo plano o fato de que a vida não pode ser desumana.” Sendo assim, no conflito entre a dignidade humana e a absoluta indisponibilidade do direito à vida, deve prevalecer o entendimento de que não se pode combater a morte a todo custo,

considerando que, em alguns casos, os novos avanços da medicina não têm capacidade de melhorar a existência humana, mas somente prolongar um estado de conservação biológica, por vezes indefinidamente, fugindo totalmente ao conceito de dignidade.

Forte nessa ideia e à luz da dignidade humana é que atualmente a prática da distanásia ou escarniçamento terapêutico não é mais procedimento obrigatório ao paciente terminal, mas tão somente uma escolha.

Nesse sentido, caminhou bem o Conselho Federal de Medicina ao editar a resolução 1.805/06, *verbis*

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Em outras palavras, é dizer que na sociedade atual não mais se permite o raciocínio, no sentido de que o médico deve a todo custo empreender terapias extraordinárias para vencer a morte, pois o principal bem jurídico a ser defendido é a dignidade do paciente.

Destarte, é patente o aparente conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida, entretanto,

quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática* ou da *harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual

(*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (MORAES, 2009, p. 33).

Portanto, controverte-se no debate sobre eutanásia sobre a indisponibilidade do direito à vida em face da dignidade do enfermo, que não raro se vê preso num excruciante processo biológico artificialmente proporcionado pela atual medicina. Em frente a isso, pergunta-se: qual a verdadeira finalidade da norma constitucional que protege a vida? Seria a proteção à vida biologicamente conceituada, sem qualquer ponderação acerca da dignidade em que se encontra o sujeito de direito, ou o direito à vida entendida como uma pluralidade de valores, entre eles compreendidos a dignidade, a sanidade física, psíquica e a autonomia?

Em resposta a esse questionamento e forte no respeito à dignidade da pessoa humana, o sempre luminar Luiz Flávio Gomes, diante de tal conflito, ensina que,

Na nossa opinião, mesmo que de *lege data* (tendo em vista o ordenamento jurídico vigente hoje), desde que esgotados todos os recursos terapêuticos possíveis e desde que cercada a morte de certas condições razoáveis (anuência do paciente, que está em estado terminal, sendo vítima de grande sofrimento, inviabilidade da vida futura atestada por médicos *etc*), a eutanásia (morte ativa), a morte assistida (suicídio auxiliado por terceiro) e a ortotanásia (cessação do tratamento) não podem ser enfocadas como um fato materialmente típico porque não constitui um ato desvalioso, ou seja, contra a dignidade humana, senão, ao contrário, em favor dela (no sentido de que a ortotanásia é juridicamente irreprovável [...]) A essa conclusão se chega quando se tem presente a verdadeira e atual extensão do conceito de tipo penal (dado pela teoria constitucionalista do delito, que

sustentamos com base em Roxin, Frisch e Zaffaroni), que abrange (a) a dimensão formal-objetiva (conduta, resultado naturalístico, nexo de causalidade e adequação típica formal à letra da lei); (b) a dimensão material-normativa (desvalor da conduta + desvalor do resultado jurídico = imputação objetiva desse resultado) e (c) a dimensão subjetiva (nos crimes dolosos). A “morte digna”, que respeita a razoabilidade (quando atendida uma série enorme de condições), elimina a dimensão material-normativa do tipo (ou seja: a tipicidade material), porque a morte, nesse caso, não é arbitrária, não é desarrazoada. Não há que se falar em resultado jurídico desvalioso nessa situação”. (GOMES, 2007, p. 539-541).

Posta a questão nesses termos, torna-se forçoso concluir que a dignidade da pessoa humana, deve pautar a discussão sobre a possibilidade jurídica da eutanásia, aqui defendida na sua modalidade passiva (ortotanásia) e de duplo efeito, que não visam tirar a vida de outrem, desrespeitando assim o ordenamento vigente, mas somente dignificar uma existência em sua terminalidade.

6 - ORTOTANÁSIA, EUTANÁSIA DE DUPLO EFEITO E SUA CORRESPONDÊNCIA COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Nesse ponto da pesquisa já se pode concluir que há forte tendência, não só no direito pátrio como no internacional, no sentido de se pautar a conduta médica em estrita obediência à dignidade humana, bem como nos princípios bioéticos.

A ortotanásia e a eutanásia de duplo efeito são práticas que se coadunam com o ordenamento jurídico posto, tendo em vista que por meio delas não se visa cometer um crime contra a vida, mas pelo contrário, o que se deixa é de submeter o ser humano a tratamento

degradante, que não tem, sequer um resultado positivo sobre a existência do enfermo, que se encontra em estado de terminalidade.

Nesse sentido, entende-se que

A ortotanásia é a única prática médica aplicada ao paciente no final da vida que pode efetivamente garantir o respeito à sua dignidade, ajudando-o a enfrentar com o mínimo de medo possível a aproximação da morte e a recuperar o sentido da vida. (VIEIRA, 2009, p. 245)

Sobre o duplo efeito,

Na administração de analgésicos aos pacientes em fase avançada da sua doença, a questão da intenção pode assumir uma importância muito grande na avaliação ética do procedimento. Quando, por compaixão, se aplica o analgésico com a finalidade de abreviar a vida, estamos diante de um caso de eutanásia. Quando, porém, se aplica o analgésico como finalidade de aliviar a dor e mitigar o sofrimento, em doses não-letais, mesmo se com isso pode haver como efeito colateral um certo encurtamento da vida, estamos diante de uma situação diferente. No primeiro caso, um ato tem como seu principal efeito algo mau (matar diretamente alguém) e um efeito secundário bom (eliminar a dor), enquanto no segundo caso o ato tem como seu principal efeito algo bom (eliminar a dor) e um efeito secundário mau (indiretamente, apressar a morte de alguém). No segundo caso, pode-se ver que a diferença reside precisamente na intenção: fazer o bem, aliviando a dor; e na natureza do ato que também é bom: sedar para promover o bem-estar do paciente. O procedimento se justifica pelo princípio do duplo efeito pelo qual se pode fazer algo bom (sedar), com intenção reta(aliviar a dor), mesmo se isso tiver um efeito secundário negativo (apressar o processo de morrer num caso onde a terminalidade irreversivelmente se instalou). (MARTIN, 1998, p. 182-183).

Portanto, tanto a ortotanásia como a chamada eutanásia de duplo efeito encontram espeque no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a sua prática, de maneira alguma fere o direito à vida, nem tampouco a dignidade humana, pois a *contrario sensu*, o que se visa com esses métodos é justamente resguardar a integridade do ser como um fim em si mesmo.

7 - A AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2007.34.00.014809-3

Como já ressaltado anteriormente, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a resolução 1.805/06, visando permitir ao médico a limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que visam prolongar a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave ou incurável.

Inconformado com a medida, em 2007, o Ministério Público Federal ajuizou uma Ação Civil Pública, que tramitou junto à 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, autos nº 2007.34.00.014809-3.

Em síntese, o MPF aduziu que o CFM não tem poder regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta tipificada como crime. Destarte, aventou a indisponibilidade do direito à vida, de modo que só poderia ser restringido por lei em sentido estrito.

Nesse ponto, cumpre destacar que quando o próprio Ministério Público aduz que o direito à vida só poderia ser restringido por lei em sentido estrito, rechaça a sua “pretensiosa” característica de absoluta indisponibilidade. Por fim, o autor da “ACP” alegou que a ortotanásia poderia ser utilizada indevidamente por familiares de doentes e pelos médicos do sistema único de saúde e da iniciativa privada.

Em contestação, o Conselho Federal de Medicina asseverou que a ortotanásia é situação em que a morte é evento certo, iminente e

inevitável, estando ligada a um movimento corrente na comunidade médica mundial, chamado Medicina Paliativa, com o fim de confortar o paciente terminal diante da morte inevitável. Por fim, avultou que a ortotanásia não pode ser considerada crime, pois o direito à boa morte é decorrente do princípio da dignidade humana, que se consubstancia num direito fundamental de aplicação imediata.

O Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo, entendeu por bem julgar improcedente o pedido contido na referida ação civil pública, por entender que a prática da ortotanásia não configura nenhum crime tipificado no Código Penal Brasileiro.

Pela relevância, traz-se à baila o seguinte trecho da sentença,

Vê-se pois, que se chega à conclusão da atipicidade material do suposto crime de homicídio, ainda que privilegiado, decorrente da prática de ortotanásia, levando-se em consideração que a falta de adoção de terapêuticas extraordinárias, pelo médico, para prolongar um estado de morte já instalado em paciente terminal (desde que autorizado por quem de direito) não conduz a um resultado desvalioso no campo penal, considerando a necessária interação que os princípios constitucionais – todos derivados da diretriz primordial da dignidade da pessoa humana – têm de estabelecer com a moderna teoria do fato típico, banalizando a interpretação do direito penal vigente. (DISTRITO FEDERAL, 2010).

Ressalta-se, pois, que a resolução 1.805/06 é verdadeiramente uma quebra de antigos tabus, sendo uma manifestação da nova geração da ética médica, que avulta em todos os problemas a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, a medicina deixa uma era paternalista, que canalizava a atenção apenas para a doença, num combate à sua arqui-inimiga (a morte), numa verdadeira obsessão

pela cura a qualquer custo, para uma fase de preocupação maior com o bem-estar da pessoa humana.

8- CONCLUSÃO

No Brasil, a prática da eutanásia é considerada como crime de homicídio, ainda que privilegiado, pelo relevante valor moral que condiciona a conduta em abreviar a vida do enfermo que a deseja.

Contudo, a doutrina pátria já apresenta pensamentos contraditórios a seu respeito, por entender que o direito à vida não pode ser tido como absoluto, mormente porque esta não pode ser considerada como um mero processo biológico, que passa por nascimento, maturação, procriação e morte. Assim, para os que defendem a prática da eutanásia, o principal argumento é justamente defender a vida dos enfermos terminais que escolhem por abreviar o seu processo de morte, mas esta imbuída da sua dignidade imanente.

Entretanto, tendo em conta os aspectos culturais, sociais, religiosos, bem como o aspecto econômico que vive a sociedade brasileira, chega-se à conclusão no sentido de que a eutanásia, diga-se de passagem, em sua forma ativa, ao menos hodiernamente, não é uma prática bem aceita, ao menos sob o ponto de vista jurídico.

Destarte, na mais renovada tendência em se considerar o ser humano como um fim em si mesmo, deixando-se de lado o ranço paternalista outrora assumido pelo Estado, é que se firmou a prática da ortotanásia, também chamada de eutanásia passiva, por meio da resolução 1.805/06, que como já estudado, foi objeto de debate por meio da Ação Civil Pública que tramitou na 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Ainda nessa senda e forte nos princípios bioéticos é que se pode concluir pela legitimidade da prática da chamada eutanásia de duplo efeito, pela qual o médico lança mão de terapias que visam aliviar a

dor do enfermo terminal, embora como efeito secundário abrevie a sua existência.

Assim, forçoso reconhecer que a eutanásia, em suas formas passiva (ortotanásia) e de duplo efeito, estão em ressonância com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo inclusive artifícios utilizados na *práxis* médica. Não obstante, a eutanásia ativa é punida como crime contra a vida.

Sem embargo do que se pensa a favor ou contra a sua prática, o que se buscou aqui foi demonstrar a possibilidade jurídica da eutanásia, e não um meio definitivo de introduzi-la no ordenamento pátrio. Nessa rota, segundo o que foi estudado, partindo da premissa de que nenhum direito pode ser tido de forma absoluta e com base no princípio da dignidade humana, pode-se concluir que a eutanásia ativa é juridicamente possível.

REFERÊNCIAS

BOLLE, Pierre-Henri. Holanda e Suíça. In: Eutanásia, Distanásia e Suicídio Assistido. **Revista Jurídica Consulex**, v. 5, n. 14, p. 18, 15 de out, 2001.

BRASIL. **Código penal e constituição federal**. 45.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 638 p.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.1.805 de 28 de novembro de 2006. **Revista Bioethikos**, Centro Universitário São Camilo: 2010, p. 476-486.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 16. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DINIZ, M. Helena: **O estado Atual do Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DISTRITO FEDERAL. Ministério Público Federal. Ação Civil Pública. Relator Roberto Luis Luchi Demo. **Revista Bioethikos**, Centro Universitário São Camilo, São Paulo: 2010, p. 477-486.

GOMES, Luíz Flávio. “Eutanásia”, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1305, 27 jan. 2007, fls. 539-541.

HRYNIEWICZ, Severo; SAWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro”**: da bioética ao biodireito: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

KERNER, Hans-Juergen. Alemanha: legislação, jurisprudência e perspectivas de política. In: Eutanásia, Distanásia e Suicídio Assistido. **Revista Jurídica Consulex**, v. 5, n. 14, 15 de out, 2001.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira e outros (Org.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 171-192.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NAMBA, Edison Tetsuzo: **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

PESSINI, Léo. **Eutanásia**: por que abreviar a vida? São Paulo: Edições Loyola; Editora do Centro Universitário São Camilo, 2004.

SOUZA, Cimon Henrique Burmann de. Eutanásia, Distanásia e Suicídio Assistido. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de.(Org.) **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia:** Humanizando a Visão Jurídica. Curitiba: Juruá, 2009.

A PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Hálisson Rodrigo Lopes¹

RESUMO

O que se pretende é a análise da prova no processo administrativo disciplinar, bem como a sua aplicação pela legislação brasileira e a relação com o sistema inquisitorial. O legislador da década de noventa do século passado seguiu o discurso de defesa social, pugnando pela primazia do interesse social da punição, em detrimento aos direitos individuais do agente processado, utilizando-se como argumento a supressão da injustificável prioridade do interesse do indivíduo sobre a tutela estatal. Logo, a Lei nº 8.112/90 possui uma tendência inquisitiva, preponderando a parte acusadora em relação à defesa, sem albergue aos princípios do contraditório e da ampla defesa, principalmente no que tange à instrução probatória. Por isso, devemos focalizar a produção da prova no processo administrativo disciplinar, sua dimensão nos sistemas processuais, além de sua utilização como instrumento da verdade.

PALAVRAS-CHAVE

Prova; Processo administrativo disciplinar.

ABSTRACT

The aim is to examine the evidence in the administrative disciplinary proceedings, as well as their implementation by the Brazilian legislation and the relationship with the inquisitorial system. The

¹ Assessor de Juiz; Professor da Fundação Educacional Nordeste Mineiro; Mestre em Direito; Pós-Graduado em Direito Público; Pós-Graduado em Direito Administrativo; Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil; Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal; Pós-Graduado em Filosofia.

legislature of the nineties of the last century followed the discourse of social defense, fighting for primacy in the interest of social punishment, rather than individual rights agent processed, using as argument the elimination of unjustifiable priority over the interest of the individual state control. Therefore, the Law No. 8.112/90 has a tendency inquisitive, prevailing the plaintiff in relation to defense without shelter and contradictory to the principles of legal defense, especially in regard to education probative. Therefore, we focus on production of proof in administrative disciplinary proceedings, procedural systems in its size, and its use as an instrument of truth.

KEYWORDS

Proof; process administrative disciplinary.

1. INTRODUÇÃO.

O processo administrativo disciplinar previsto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, mais especificamente nos artigos 143 a 182 é o meio propício para a apuração de faltas disciplinares cometidas por agentes públicos, levando em consideração a violação de deveres funcionais e, conseqüentemente, a imposição de sanções previstas em lei.

A base normativa a sustentar o processo administrativo disciplinar reside na supremacia que o Estado mantém sobre aqueles que se vinculam a seus serviços ou atividades, independentemente da forma, ou seja, se definitiva ou transitória, submetendo-se à sua disciplina.

Vale frisar que a obrigatoriedade do processo administrativo disciplinar é estabelecida no regime jurídico a que estiver vinculado o agente público, estando mais propício para a apuração das infrações mais graves, com sujeição a penas severas, tais como a demissão, a

perda do cargo, a suspensão por mais de trinta dias, a cassação de aposentadoria, a disponibilidade e a destituição de cargo em comissão. Neste sentido dispõe o artigo 146, da lei supracitada.

Para as demais sanções, a apuração da falta poderá ser feita por meios sumários, desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa. Por isso, a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar.

O Brasil adotou o sistema misto, no qual o processo é realizado por comissões disciplinares, órgãos estranhos à relação entre funcionários e superior hierárquico, de função opinativa, sendo a decisão proferida pela autoridade competente (NOHARA, 2010, p. 67).

O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

A comissão terá como secretário servidor designado pelo seu presidente, podendo a indicação recair em um de seus membros. Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, o cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.

A comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado. Tais diretrizes estão estampadas nos artigos 149 e 150 da Lei nº 8.112/90. A comissão pode ser especial (constituída para o processo) ou permanente (para todos os processos) e composta por agentes efetivos de cargo idênticos ou mais elevado do que o do servidor acusado, que será

responsável pela elaboração do relatório opinativo.

O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: instauração (com a publicação do ato que constitui a comissão); inquérito administrativo (que compreende a instrução, defesa e relatório); e o julgamento.

Ao iniciar o processo administrativo disciplinar, a peça instauradora é autuada e encaminhada para processamento regular pela comissão processante, devendo conter todos os elementos que permitam aos servidores conhecer os ilícitos de que são acusados (NOHARA, 2010, p. 68). Tal peça processual consistirá em uma portaria da autoridade competente, onde deverão constar: a descrição do fato a apurar, as infrações a serem punidas, a designação da comissão processante.

A fase de instrução é reservada para a elucidação dos fatos, incluindo a apresentação de provas ou a solicitação de sua produção, compreendendo o depoimento da parte, a inquirição de testemunhas, as inspeções pessoais, perícias técnicas e juntada de documentos.

Sob o prisma da busca da verdade real, é na fase instrutória que se viabiliza a investigação pela comissão processante, buscando reproduzir os fatos ilícitos a serem apurados, com a finalidade de elucidar a autoria e materialidade da infração administrativa.

Já na defesa, o servidor apresenta suas razões, que deverão constar nos autos do processo de forma escrita, pessoalmente ou por advogado, ou, na ausência do servidor, a comissão processante designa funcionário, de preferência bacharel em direito, para a defesa, pois haverá nulidade do processo sem a garantia da ampla defesa.

Após a instrução processual, a comissão processante deverá elaborar o relatório, indicando, neste caso, os dispositivos infringidos, podendo divergir da acusação inicial, sugerir a instauração de outros processos e apontar providências complementares de interesse da Administração, desde que o faça motivadamente. A Lei nº 8.112/90

chama de inquérito administrativo a fase que compreende a instrução, a defesa e o relatório.

O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito, segundo o artigo 153 da Lei nº 8.112/90. Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução.

Por fim, temos a decisão, que pode ou não advir do acolhimento do relatório. Se houver rejeição da conclusão da comissão, a decisão deve ser adequadamente motivada. No julgamento a autoridade competente deverá sempre fundamentar sua decisão, com motivação própria ou adoção dos fundamentos do relatório, tanto para a condenação quanto para a absolvição.

Ora, é na instrução do processo que a comissão processante tem plena liberdade na colheita de provas, sem descuidar dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, buscando a verdade real dos fatos para uma decisão justa. Assim, merece destaque a análise da prova no processo administrativo disciplinar.

2. A PROVA COMO INSTRUMENTO DA VERDADE.

A prova, segundo Malatesta (2001), é a relação particular e concreta entre convicção e verdade, “constatando que a natureza de toda relação é determinada pela natureza dos seus limites, e, na consideração dos dois limites daquela relação temos a prova.” (MALATESTA, 2001, p. 91)

Provar deriva do verbo *probare* (examinar, verificar, demonstrar). Na linguagem jurídica é comprovar a certeza de um fato, aproximando-se da verdade que se alega. Em termos gerais, a prova é qualquer coisa, mesmo imaterial, adequada a mover um liame lógico-demonstrativo de outra coisa ou entidade. No processo, a prova

resume-se a todo elemento destinado a convencer o julgador a respeito da verdade de uma situação de fato.

É necessário destacar, desde logo, que a disciplina da prova rege-se pela estrita legalidade, o que não significa a opção pelo chamado "sistema da prova legal" - em que as regras, pré-estabelecidas, apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade. A legalidade da prova é um instrumento para a tutela e proteção aos direitos do acusado.

Analisando a sindicância preliminar, observa-se uma estrutura persecutória do Estado, iniciado por seus agentes com a investigação conduzida para possibilitar a formação da convicção pela autoridade competente, com o intuito de se propor o processo administrativo disciplinar.

Após, verifica-se o esforço que permeia todo o processo administrativo disciplinar acerca da tentativa de reprodução retrospectiva do fato punitivo, reservando para a análise, certos critérios relevantes para a incidência de uma condenação. “Deve-se ter a consciência de que o que se descobre é uma verdade obtida por vias formalizadas, ou seja, uma verdade processual.” (ZILLI, 2003, p. 114).

Assim, o fracionamento da ação ou omissão punível no que tange aos vários requisitos exigíveis para a condenação conduz a atuação instrutória. Nesta fase processual, convergindo para as provas admissíveis em lei, supõe-se a realização de um comportamento humano típico, antijurídico e culpável na seara administrativa, atendidos, ainda, outros pressupostos de punibilidade presentes nos estatutos ou na lei.

Toda a prova tem um objeto que é o fato relacionado à causa, ou seja, uma conduta em desacordo com a previsão legal associada a um agente.

Durante muito tempo imperou o consenso doutrinário de que a

prova teria como finalidade a verificação da verdade. Por isso, a prova foi considerada como um veículo com que a verdade atingia o espírito do julgador, gerando a convicção racional sobre a ilicitude da conduta descrita nos autos. Porém, tal entendimento já não mais convence a doutrina moderna.

Hodiernamente, não mais é aceito o argumento de que a verdade é a finalidade última da prova processual, pois o raciocínio acima novamente remete todos aos problemas de natureza filosófica, tratados quando do estudo do conceito de verdade.

Reconhecendo que a prova é incapaz de atingir a verdade em seu sentido absoluto, a finalidade da mesma direciona para a formação do convencimento do julgador sobre a perfeição das declarações formuladas no processo. Seu principal alvo é a formação da convicção do julgador no que tange à veracidade dos fatos narrados no processo, utilizando-se dos instrumentos limitados pela lei.

Por via de consequência, a prova vai do mesmo modo ao encontro da persuasão das partes, já que são seus destinatários e que dela necessitam para aceitar como legítimo o julgamento. De um lado, temos o poder punitivo do estado quando da existência de um ilícito administrativo cometido pelo servidor; de outro lado, o direito do agente público à isenção da pena, quando provada a negativa de autoria ou a ausência da materialidade da infração a ele atribuída.

Analisando sob o ponto de vista do processo administrativo disciplinar, conforme previsto na Lei nº 8.112/90, é exclusivamente por meio das provas que se reproduz a verdade. Daí pode-se concluir que, para a previsão legal, somente o que está provado pode ser reconhecido como verdadeiro. Nessa acepção, a realização de provas passa a ser condição basilar e cogente para a efetivação do direito material.

Nota-se que o legislador quis utilizar da prova como o único instrumento do qual se vale o Direito para reproduzir a verdade,

dando à comissão processante poderes instrutórios quase que ilimitados, agindo sempre com o intuito de reconstituir a realidade dos fatos, tenham eles sido alegados ou não.

No entanto, o legislador caminhou na contramão da doutrina moderna, uma vez que a reconstituição de fatos pretéritos constitui empreitada tendente a equívocos, onde sempre será feita de forma indireta, e conseqüentemente, imperfeita.

3. O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO.

A oitiva do acusado, formalizado pelo interrogatório, constitui, como meio de prova. No entanto, sendo permitido ao acusado o direito de manter-se em silêncio, é ainda, reconhecido como ato de autodefesa.

O interrogatório é assim um ato no qual a comissão processante ouve o servidor acusado sobre a imputação contra ele formulada. É o ato personalíssimo do acusado, possibilitando o exercício de sua autodefesa.

Cumprido ressaltar que o servidor acusado não tem compromisso de dizer a verdade acerca dos fatos a apurar, não gerando qualquer punição na narrativa totalmente divergente da realidade fática. Ora, se de fato o escopo do processo administrativo disciplinar fosse a de servir de recurso para a busca da verdade real, seria totalmente incompatível a autorização tácita da mentira pelo servidor acusado.

Em comparação aos sistemas processuais acerca das declarações do acusado, vejamos a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho:

O recurso ao saber do acusado, como fonte de prova, talvez seja o ponto de maior distanciamento entre os dois sistemas probatórios contemporâneos: no sistema continental, o réu deve falar, embora suas declarações

sejam vistas com reservas, pois a mentira é algo natural, que deve ser levada em consideração pelo julgador; já na tradição anglo-americana, é reconhecido o direito de calar, mas se o acusado decidir a dar a sua versão, deve fazê-lo na condição de testemunha, sob juramento de dizer a verdade. (GOMES FILHO, 1997, p. 111).

A comissão interrogará o servidor acusado acerca de assuntos relacionados à sua pessoa e posteriormente aos fatos relacionados nos autos. No entanto, merece atenção a repulsa aos métodos de inquirição que atuem “positivamente sobre o corpo ou sobre o psiquismo do acusado, violando-se a liberdade de autodeterminação, ou incidindo sobre a capacidade de recordar os fatos” (GOMES FILHO, 1997, p. 114), ainda utilizados como forma de perfazer a extração da verdade, durante a fase da sindicância.

Sem embargo das disposições legislativas contrárias aos métodos abomináveis de interrogatórios, a aversão ao valor probatório dos mesmos nem sempre é contundente. Mesmo reconhecendo a sistemática coativa dos inquisidores quando da apuração dos fatos, a jurisprudência tende a aceitar a prova, se confirmada por outros elementos.

Tudo isso vem de encontro com os mais incipientes postulados do processo num Estado Democrático de Direito, envolvendo a nobre função legitimadora da prova, “acabando por incrementar cada vez mais as violências cometidas não somente em relação aos formalmente indiciados ou acusados, mas contra a população de maneira geral.” (GOMES FILHO, 1997, p. 116).

4. A PROVA PERICIAL.

A expressão perícia, “do latim peritia (habilidade, saber), na linguagem jurídica significa a diligência realizada ou executada por

peritos, a fim de esclarecer ou evidenciar certos fatos, de forma científica e técnica.” (BARROS, 2002, p. 200) Configura-se uma afirmação técnica especializada sobre determinado objeto, elemento de prova, realizada com o intuito de elucidar fatos associados à falta cometida.

Na ótica de Fernando Capez (2003) o mesmo salienta:

Trata-se de um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista, com o propósito de prestar auxílio ao julgador em questões fora de sua área de conhecimento profissional. Só pode recair sobre circunstâncias ou situações que tenham relevância para o processo, já que a prova não tem como objeto fatos inúteis. Tratando-se de uma prova pessoal, a perícia tem em considerável parcela de seu conteúdo certa dose de subjetividade, demandando uma apreciação pessoal, em alguns casos, pode variar de perito a perito. (CAPEZ, 2003, p. 272).

A perícia em nossa legislação é considerada um meio de prova, utilizada para elucidar dados ou elementos que dependam de conhecimento técnico sobre determinado ramo científico, visando ao esclarecimento da verdade.

A perícia é imprescindível para efeito de comprovação da materialidade da infração que deixa vestígios. Sob o enfoque legal, a referida exigência somente é atenuada quando já não é mais possível realizar o exame pericial diante do desaparecimento dos vestígios, hipótese em que se permite prover a sua falta com a prova testemunhal.

Na lição de Marco Antônio de Barros (2002, p. 202), “a prova pericial é decisiva para o esclarecimento da verdade.” Logo após a infração administrativa, iniciada a sindicância preparatória, a autoridade ou comissão providenciará a sua realização de imediato,

visando evitar a extinção dos vestígios.

Os peritos, em contato com o material a ser periciado, descreverão sua situação e responderão aos quesitos. Por conseguinte, ato contínuo à prática do ilícito administrativo, a autoridade fará um pré-julgamento, definindo quais os quesitos referentes a quais infrações os peritos responderão.

Apesar de tentar buscar elucidar a verdade, o perito parte de uma situação fática imposta, mesmo que presumida pela autoridade processante ou comissão sindicante, quando da eleição do ilícito administrativo a ser esclarecido pela resolução dos quesitos.

Assim, a assertiva de que a perícia é relevante para o descobrimento da verdade, não é absoluta. Isso se dá por vários motivos, sendo o primeiro deles a falibilidade dos exames periciais, inclusive a correspondência da falta administrativa cometida com a resolução dos quesitos referentes ao mesmo, na escolha primária do sindicante.

Além disso, por ser a perícia realizada logo em seguida à consumação da infração, conclui-se que a mesma se dá durante a sindicância, sem contar com a participação ou colaboração do servidor.

Pela própria natureza inquisitorial da sindicância, não se assegura ao servidor a participação na produção desta prova, mesmo sendo crível que esta possui como característica o fato de ser irreproduzível na fase do processo administrativo disciplinar, pelas próprias circunstâncias em que é realizada.

Assim, sua credibilidade se torna mitigada por não ser produzida sob os auspícios dos princípios do sistema acusatório, e sim, num sistema inquisitivo e secreto.

5. A PROVA DOCUMENTAL.

O processo administrativo disciplinar regulamentou a apresentação de documentos como instrumento de prova. O documento é “a afirmação pessoal e consciente, escrita e irreproduzível oralmente, destinada a fazer fé sobre a verdade dos fatos afirmados.” (MALATESTA, 2001, p. 543)

A verdade a ser estampada pelo documento advém das “correspondências entre o que está transcrito e o que se escreveu; aqueles que apõem firma e a pessoa que assinou somente, ou assinou e escreveu; o que está escrito e o que daí resulta como existente, havido ou dito.” (MALATESTA, 2001, p. 543)

Assim, são considerados documentos quaisquer escritos, podendo ser apresentados pelo servidor, bem como requisitado de ofício pela comissão processante, quando julgar relevante para a apuração dos fatos relacionados nos autos.

Por outro lado, merece atenção a proibição da exibição de documentos quando o mesmo é interceptado ou obtido por meio criminoso, não sendo admitido como qualquer outra prova ilícita.

Além da análise subjetiva e objetiva do conteúdo do documento apresentado nos autos, o julgador deverá conferir os aspectos formais, conforme lição de Malatesta:

Em primeiro lugar, do ponto de vista da forma, importa, para a avaliação do documento escrito, que este seja original e não uma cópia. (...) Do mesmo ponto de vista da forma, é também importante para avaliação do documento escrito, sua integridade. (...) Em terceiro lugar, todo documento escrito, para ter sua natural eficácia probatória, deve apresentar-se sem nenhuma aparência de vício. As rasuras, as entrelinhas, os aditamentos, demonstrando um escrito viciado, diminuir-lhe-iam o valor probatório. Enfim, terá sempre importância, como critério formal de avaliação

do escrito, a semelhança ou não do seu caráter, com o do pretenso autor. (...) Quanto, pois, aos documentos públicos em particular, é preciso levar em consideração aqueles sinais materiais que lhes atribuem à publicidade. (MALATESTA, 2001, p. 543).

Conforme acima explicitado, o escrito somente se apresenta como prova documental quando o conteúdo nele representado é irreproduzível oralmente. Logo, o que se encontra redigido pode se converter em prova testemunhal quando for possível a presença daqueles que elaboram o documento, confirmando ou retificando seus dizeres.

A irreprodutibilidade oral pode originar de um critério legal, que atribua tal “fê a determinados escritos, de modo a não permitir prova oral sobre seu conteúdo, bem como se derivar ainda de condições físicas ou morais, em que se encontre atualmente a pessoa afirmante.” (MALATESTA, 2001, p. 546).

Diante de tais considerações, podemos observar que poucas vezes encontra-se tal prova na fase do inquérito administrativo, pois se o conteúdo do documento representa a vontade do servidor ou de terceiro ainda existentes, os mesmos são convocadas para a ratificação, através do depoimento testemunhal na fase inquisitorial.

6. A PROVA TESTEMUNHAL COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO DA VERDADE.

Além dos mecanismos de construção da verdade processual pela análise técnica pericial, vale perquirir sobre os outros sujeitos participantes do processo, que possuem afinidades com o esclarecimento da verdade na instrução processual.

Assim, maior realce é dado à testemunha, cuja palavra vem de “testibus, do latim testimonium (testemunho, depoimento), e que na

linguagem jurídica significa a pessoa que atesta a veracidade de um ato, ou que presta esclarecimentos acerca de fatos que lhe são perguntados.” (BARROS, 2002, p. 190).

Por isso, Fernando Capez (2003, p. 290) conceitua a testemunha como sendo “todo homem, estranho ao processo e equidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre os fatos perceptíveis e seus sentidos e relativos ao objeto do litígio.”

É cediço que a prova testemunhal tem como fonte originária a pessoa humana que, de uma forma ou de outra, tomou conhecimento de fatos relacionados ao crime a ser apurado.

No entanto, a falibilidade humana, dentre outros, impede a caracterização de uma verdade real por este meio de prova. Não é sem motivo que Malatesta anuncia uma relação de pessoas inidôneas a prestar depoimento, aduzindo que:

A testemunha que, por condições intelectuais ou sensórias, é fatalmente levada a não-percepção ou falsa percepção, é inidônea por deficiente percepção da verdade. A testemunha que, por condições morais, é quase fatalmente levada a enganar, é inidônea, por deficiente vontade de dizer a verdade. (...) São testemunhas inidôneas, por incapacidade moral, tanto os parentes próximos do acusado como os que têm conhecimento dos fatos por segredo confidencial; tanto uns como outros estão dispensados de depor em razão e proporção de sua inidoneidade. (...) É nas paixões, portanto, que se devem procurar, do ponto de vista da vontade, os motivos relativos de suspeição da testemunha. Todas as paixões humanas se reduzem a duas fontes: amor e ódio. (MALATESTA, 2001, p. 340, 345, 352).

Para que o testemunho demonstre a verdade, necessário que se expresse de forma correspondente a ela. As afirmações de fatos verdadeiros se transformam num falso testemunho quando pela

impropriedade e incerteza de sua linguagem, acabam por enganar-se. “A linguagem, portanto, enquanto é direta expressão do pensamento, segundo mostra exprimi-lo com maior ou menor precisão e clareza, realça ou diminui o valor probatório do testemunho.” (MALATESTA, 2001, p. 358)

Comentando sobre o tema, Julio Fabbrini Mirabete (1998, p. 305) recorre a Chaparède para aduzir que:

É dos mais discutidos o valor do testemunho humano, sabido que nossos sentidos frequentemente nos iludem. Para Chaparède, há uma tendência inata da testemunha diminuir o fator tempo e as dimensões das coisas, a desprezar o insólito e o contingente, concluindo, afinal, que na vida judiciária há evidentes fontes de erro na prestação do testemunho, mesmo nos casos de boa-fé sem qualquer fator estranho de pressão. Não há no testemunho, observa ele, a precisão e a objetividade de um instrumento físico ou mecânico, ocorrendo frequentemente erros comuns de percepção de cores, de tempo e de distância e até mesmo de sons. Isso sem falar na mendacidade que frequentemente vicia o depoimento, estimula por interesses pessoais ou sugestão ou ainda por sentimentos vários como amor, amizade, ódio, inveja etc. (CHAPARECE, citado por MIRABETE, 1998, p. 305).

O conhecimento da testemunha sobre a infração disciplinar a que pretendem apurar advém da percepção, oriunda dos sentidos. Porém, há diversos fatores que podem vir a alterar a realidade de um evento. Assim, as circunstâncias meteorológicas, a poluição sonora entre outras.

O organismo intelectual em alusão muda de indivíduo para indivíduo, pois é condicionado ao grau de perturbação desta, bem como de seus interesses. Saliente-se, ademais, que a vigilância sobre um determinado dado objetivo pode levar a distração sobre outro fato.

Não é por demais observar a lição de Marco Antônio de Barros:

Vários são os aspectos que influenciam negativamente a colheita da prova oral. O mais comum condiz com o transcurso do tempo operando como fator de enfraquecimento da memória, da qual pouco a pouco vão se apagando os detalhes que caracterizam o fato delituoso. Por isso não falta quem repete serem mais completos os depoimentos prestados no inquérito policial do que aqueles coligidos no âmbito do Judiciário, isto porque os primeiros são geralmente colhidos em curto lapso temporal decorrido entre o fato e o relato. (BARROS, 2002, p. 199).

Não obstante, diante das circunstâncias acima explicitadas, esse tipo de prova não pode conduzir o julgador à busca de uma verdade absoluta, muito pelo contrário. O teor de subjetividade que reveste qualquer depoimento, por si só, já é motivo bastante para aferir a conclusão acima.

7. CONCLUSÃO.

A Lei nº 8.112/90 possui uma tendência inquisitiva, preponderando a parte acusadora em relação à defesa, sem albergue aos princípios do contraditório e da ampla defesa, principalmente no que tange à instrução probatória da sindicância preliminar preparatória.

Podemos deduzir que o legislador da década de noventa do século passado seguiu o discurso de defesa social, pugnando pela primazia do interesse social da punição, em detrimento aos direitos individuais do agente processado.

A verdade, considerada como uma harmonia de um sistema de ideias interdependentes que refletem e racionalizam a realidade pela teoria da correspondência, traduz-se no direito processual como um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder efetivamente à verdade objetiva.

Contudo, com a migração da verdade da Filosofia para o Direito, a mesma foi inserida como forma de apresentar uma via de credibilidade para a decisão. Assim, o julgador realiza duas operações investigativas. A primeira delas na comprovação fática da infração administrativa praticada pelo agente, analisando de forma indutiva os elementos probatórios para a sua correspondência com a realidade

Após, o julgador pretende adequar a conduta do infrator a uma infração preestabelecida, observando-se uma questão passível de resolução por via dedutiva, conforme a interpretação dos termos legais.

Portanto, o julgador merece destaque como destinatário do processo, que recorrerá ao arcabouço probatório que justificar a operação acima aduzida, motivando a decisão final. Logo, o critério para a aferição da verdade subjetiva do julgador encontra-se na prova, considerada como instrumento da verdade.

Investigando a atividade probatória estampada no processo administrativo, observa-se uma estrutura persecutória do Estado iniciada por seus agentes através da sindicância preparatória, totalmente disciplinado por princípios inquisitoriais. Nesta fase administrativa, o Estado, de forma preliminar e clandestina, tem acesso a provas, na maioria das vezes, irrepetíveis na fase do processo administrativo disciplinar, a exemplo das provas periciais de materialidade e a introdução de provas documentais. Vale ressaltar que, na sindicância preparatória, o mito da verdade real é perseguido sem qualquer restrição, em total desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, observa-se que no nosso ordenamento jurídico pátrio há uma cultura inquisitorial, advindo do inquérito policial. A conclusão acima se origina, principalmente, da análise das provas colhidas nos autos como instrumentos reveladores da verdade.

Iniciando pela verdade declarada pelo acusado, a mesma não deve ser considerada, pois o acusado não tem o compromisso de dizer a verdade, não sendo punido pelo seu silêncio, configurando o interrogatório ato de autodefesa.

Acerca da prova pericial, nota-se que a mesma é realizada logo em seguida à consumação da infração, durante a sindicância preparatória, sem contar com a participação ou colaboração do acusado e irreproduzível na fase do processo administrativo.

Já a prova documental somente é admitida quando for impossível sua produção oral, através da prova testemunhal, sendo de praxe a reunião dos documentos, quando existentes, durante as investigações preliminares.

Por fim, temos a prova testemunhal, colhida na fase do processo administrativo disciplinar, sob a presidência da comissão e acompanhado pelas partes. Entretanto, quando da análise específica da prova testemunhal, verifica-se a total referência aos depoimentos colhidos na fase da sindicância preparatória, quando da oitiva das testemunhas.

A valorização de métodos oficialmente sigilosos de produção da verdade, convalidados na fase do processo administrativo, sob os auspícios da busca da verdade absoluta, comprova nossa cultura jurídica inquisitorial, mesmo após a Constituição Federal de 1988.

As limitações legais e morais impostas ao julgador como forma de disciplinar a produção da verdade processual são tímidas. A legislação processual num Estado Democrático de Direito deve tolher a investigação arbitrária do julgador, mesmo sob o argumento da

produção da verdade, principalmente quando ameaçar direitos indisponíveis.

No sistema processual brasileiro, mesmo após os novos ditames constitucionais, verifica-se uma produção da verdade processual administrativa balizada pelos princípios inquisitoriais. Isso se dá pela influência representada pela sindicância preliminar preparatória na produção da prova processual, principalmente a testemunhal, com convalidação dos depoimentos na fase da sindicância.

Além disso, a adoção da verdade real como princípio processual, advinda da teoria da correspondência, ao invés de uma verdade consensual, ratifica ainda mais os argumentos acima aduzidos.

Os fatos atribuídos ao autor não resultam de um consenso na sua apuração, pelo contrário, observa-se um “duelo” de representações contraditórias, representadas pelas provas colhidas nos autos, sobressaindo àquelas provenientes da sindicância preparatória.

8. REFERÊNCIAS.

BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm. Acesso em: 03/04/2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Tradução: Paolo Capitanio. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NOHARA, Patrícia Irene. **Direito administrativo.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v.2.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Thais Chaves Costa¹
Flávio Prates Bitencourt²

RESUMO

Ao longo dos anos a Administração Pública vem usando o trabalho terceirizado como forma de desafogar suas finanças e manter regular as suas atividades cotidianas entregando partes destas para ser realizadas por uma empresa de forma autônoma. Seu objetivo é especializar funções e, sobretudo, externalizar custos. A terceirização é um fenômeno inevitável nos contextos da globalização econômica. Essa técnica de gestão empresarial se tornou um grande problema social, um problema para o conjunto daqueles que vivem do trabalho. Assim, a questão da terceirização deve ser examinada com cautela considerando os parâmetros da recente decisão proferida na ADC 16 pelo STF e a nova redação da súmula nº 331 do TST, vez que não se pode admitir a utilização da terceirização como meio de burlar a garantia dos direitos trabalhistas já consolidados mediante a contratação pelos particulares e pela própria Administração Pública. Contudo, não se pode impedir a adoção de terceirização quanto a serviço da maior eficiência na gestão administrativa pública e privada.

PALAVRAS CHAVES

Terceirização, Administração Pública, Responsabilidade, ADC nº 16, Súmula nº 331 do TST.

¹ Bacharel em Direito e egressa da FENORD.

² Especialista em Direito e Processo do trabalho e Direito Público e professor da FENORD.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente a terceirização é utilizada em quase todos os países, pois a dinâmica das relações de trabalho na economia globalizada leva a maioria das grandes empresas a não fazer mais a contratação direta dos seus empregados. Trata-se do fenômeno da globalização na prestação de serviços.

Decorrente do grande número de demandas judiciais tratando da terceirização e da ausência de legislação específica, o TST apreciou a matéria através de súmulas. A evolução do posicionamento do TST aponta para a imposição de limites à terceirização e legitima sua aplicação, inclusive na Administração Pública.

A realidade das demandas judiciais, em que na maioria das vezes o trabalhador não é capaz de identificar quem é seu empregador efetivamente e diante, na maioria dos casos, da ausência de patrimônio da empresa contratada e de seus sócios para responder pelos débitos trabalhistas, impõe-se a busca de alternativas para proteger os direitos fundamentais do trabalhador.

Com isso, é necessário entender a terceirização. Há necessidade de lembrar sua gênese e seu desenvolvimento no decorrer do tempo, analisar seu contexto, sua realidade histórico-cultural, seus efeitos e diante da ausência de regulamentação específica, buscar formas de garantir os fundamentos dos valores sociais do trabalho.

Especialmente na Administração Pública, a terceirização pode gerar casos de corrupção, principalmente pelo fato de não existir concurso público, fatos prejudiciais ao trabalhador e a responsabilidade da Administração Pública como tomadora de serviços. Assim, importante analisar a ADC 16-DF e a nova redação da Súmula 331 do TST.

2. O PROCESSO DE REESTRUTURAÇÃO EMPRESARIAL: A CAMINHO DA TERCEIRIZAÇÃO

Até as últimas décadas do século XX, o sistema de produção era *taylorita/fordista*, ou seja, todo o processo produtivo era realizado em um único estabelecimento e o trabalho dos operários era minuciosamente fragmentado. Cada trabalhador realizava uma diminuta e simples parte do trabalho, o que possibilitava maior agilidade por cada um deles. O trabalho a ser desenvolvido era uma sequência de atos singelos, desenvolvidos conforme o ritmo da esteira rolante. Deste modo, a relação de empregos transcorria dentro de grandes plantas empresariais, nas quais se aglomeravam um grande número de operários que seguiam as determinações do dono da fábrica.

Em 70 o modelo anteriormente explicado foi substituído pelo modelo *toyotista* de produção e suas ideias eram contrárias àquelas. O estabelecimento empresarial se reduz, as atividades periféricas são externalizadas para que a empresa se concentre apenas em sua função principal e os antigos operários são substituídos por colaboradores. A produção passa a ser feita por uma rede de empresas. Se o trabalhador tinha antes uma tarefa, agora, com o *toyotismo* ele é responsável pelo exercício de várias funções e sua remuneração agora é feita de acordo com o seu rendimento no trabalho.

Além da redução de sua estrutura e da multifuncionalidade do trabalhador, a empresa toyotista reduziu seus estoques e aproximou sua produção à necessidade do mercado, passando a produzir apenas aquilo que antecipadamente já tinha destinação certa e na hora certa, sem grandes estoques.

A reestruturação empresarial atingiu dois aspectos, houve uma alteração quanto à própria organização das empresas e uma alteração quanto ao processo do trabalho. O formato das empresas foi alterado,

tanto quanto a forma de prestação de trabalho, e é em meio a essas transformações que a terceirização garantiu seu espaço.

2.1. AS TRANSFORMAÇÕES DO SISTEMA CAPITALISTA A PARTIR DA DÉCADA DE 70

A transformação do sistema capitalista a partir da década de 1970 é marcada pela hegemonia de um pensamento ultraliberal, que rompeu com valores estabelecidos durante o Estado de Bem-Estar Social, em especial, com o valor-trabalho. O capitalismo que emerge a partir de 70 rompeu com vários aspectos do liberalismo clássico pelo qual havia se pautado através do processo de globalização dos mercados.

Surge então um novo modelo de empreendedor, de corporação e de capital. Embevecidos pela ideia de obter o máximo de lucro, o mais rápido possível e com o menor custo aceitável, assim deixaram de estabelecer compromissos com a sociedade, deixando de transferir ao homem experiência, qualidade e cultura, além da preservação do emprego.

E é nesse contexto histórico que surgem as transformações que abalaram o mundo do trabalho. Com a terceirização houve o rompimento com o padrão da relação de emprego bilateral, sendo esta consagrada em 70 com o surgimento das primeiras leis que tratavam sobre a intermediação da mão de obra.

Entretanto, a exploração incontrolada de mão de obra terceirizada na indústria e no comércio causou impacto e determinou controle mais rigoroso. Sob o ângulo econômico e de administração de empresas, a terceirização tem perfeita justificação: o rendimento da atividade explorada tende a ser maior na medida em que se concentra em sua finalidade precípua, pois não dispersaria tempo ou esforços em tarefas secundárias, para as quais não havia

especializado, também encontramos outras vantagens como a desburocratização, o melhor controle da produção, a maior racionalização da atividade exercida, a redução de custos, a simplificação da organização empresarial interna, etc.

Sob a ótica jurídica não haveria nada a objetivar se as empresas fornecedoras da mão de obra cumprissem as obrigações legais com seus trabalhadores, se com eles mantivessem contratos de trabalho regulares. Assim seriam abertas maiores oportunidades de trabalho e as empresas fornecedoras de mão de obra poderiam manter trabalhadores especializados em determinados tipos de tarefas, sem queda de produtividade.

Porém, a ganância exacerbada pela concorrência incontrolada levou as fornecedoras de mão de obra a baixar o preço da prestação de serviço oferecida pelas mesmas e, para não comprometer o lucro final, deixaram de satisfazer seus compromissos trabalhistas. Assim, completou o quadro fraudulento de terceirização, que passou a ser vista e combatida como um mal de difícil erradicação.

Evidente que a terceirização expandiu sem amparo legal, em razão do grande atrativo econômico de produzir sem responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores: estes corriam por conta da empresa fornecedora da mão de obra. E em razão dos diversos prejuízos, principalmente aqueles ligados ao trabalhador, são inúmeros os processos judiciais, nos quais o propósito do trabalhador não é provar a fraude e sim tornar certo o trabalho e seus direitos e é nesse sentido que surgem as primeiras intervenções e decisões sobre a terceirização.

3. A TERCEIRIZAÇÃO E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

O homem é o único ser dotado de dignidade, o que o faz um ser diferenciado. Diante disso, é presente na Constituição o direito fundamental a uma existência digna e como todo direito fundamental,

esse deveria ser alcançado por todos, sem exceção daqueles que têm como única fonte de subsistência, a alienação da sua força de trabalho. Assim, a Constituição elevando a dignidade da pessoa humana atribuiu aos direitos sociais a característica de manifestações dos direitos de liberdade e igualdade material, isso porque tais direitos têm o objetivo de assegurar ao trabalhador uma proteção contra suas necessidades materiais, além da existência digna.

A frase “*O trabalho não é uma mercadoria*” do trabalhista Carelli (2003, p. 686), traduz os efeitos do princípio da dignidade em relação ao trabalho, por esse trazer os valores que ultrapassam as leis do mercado, pois, por cada trabalho executado há uma força deixada pelo trabalhador, do qual a dignidade deve servir de fundamento à proteção que as normas venham formar.

Apesar de a Constituição Federal trazer uma gama de direitos fundamentais sociais, são acompanhados desses os direitos civis e políticos, inclusos os econômicos (globalização) e os culturais, o que faz com que tais direitos encontrem dificuldades nas relações trabalhistas, repercutindo no direito do trabalho.

A grande incidência de desemprego aliado ao desespero e à lenta adaptação do mercado de trabalho às novas tendências da globalização faz com que o quadro seja ainda mais grave e isso que faz com que a política se volte a campanhas de incentivo ao emprego. Não distante, as sequências de mudanças na estrutura do sistema produtivo cujo objetivo é a diminuição dos gastos gera a desregulamentação do trabalho que ocasiona a precarização do emprego e do próprio trabalho.

E nesse sentido, a terceirização é ampliada desreguladamente, acarretando o crescente desemprego estrutural:

Desse húmus, emerge a terceirização da força de trabalho, alimentada e incentivada de forma ampla e irrestrita por aqueles que defendem o mercado livre, em

detrimento do Estado intervencionista, e apregoam a concepção do Estado Mínimo. Este ideário pressupõe um deslocamento das atribuições do Estado perante a economia e a sociedade. Preconiza-se a não intervenção, e este afastamento em prol da liberdade individual e da competição entre os agentes econômicos, segundo o neoliberalismo, é o pressuposto da prosperidade econômica. A única forma de regulação econômica, portanto deve ser feita pelas forças do mercado, as mais racionais e eficientes possíveis. Ao Estado Mínimo cabe o papel de garantir a ordem, a legalidade, e concentrar sua ação executiva naqueles serviços mínimos necessários. Essa ideologia surge como reação ao padrão de acumulação vigente durante grande parte do século XX, em que o Estado financiava não só a acumulação do capital, mas também a reprodução da força de trabalho, via políticas sociais. Na medida em que esse Estado deixa de financiar esta última, torna-se, ele próprio, máximo para o capital. O suporte do fundo público (estatal) ao capital não só não deixa de ser aporte necessário ao processo de acumulação, como também ele se maximiza diante das necessidades cada vez mais exigentes do capital financeiro internacional. É um verdadeiro paraíso para especuladores, em detrimento dos que se dedicam à produção, a qual, por sua vez, é a principal agente de colocação profissional do indivíduo no mercado de trabalho (SALVINO e FERREIRA, 2009, p. 128).

Diante disso que se faz necessária a concretização dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição para que haja o restabelecimento do equilíbrio nas relações de conflito entre capital e trabalho. É necessário o respeito à pessoa e aos seus direitos, como reconhecimento da integridade moral, física e psíquica e a justa remuneração da força exercida em favor do tomador de serviço para que o trabalhador não seja considerado apenas uma peça na produção capitalista.

Não é difícil notar que a relação entre os trabalhadores e os beneficiários da sua força de trabalho sempre foi rodeada por uma contraposição de interesses. Por um lado, há busca por condições melhores de trabalho e benefícios e, por outro, há os interesses lucrativos por parte dos beneficiários do trabalho.

Em meio a esses interesses, a relação trilateral implementada repercute sobre o gerenciamento da mão-de-obra por não se encaixar aos ditames tradicionais, bilaterais. A contratação do trabalho intermediário trouxe mudanças sobre a flexibilidade do emprego, sendo esse modelo mais compatível às necessidades das empresas modernas, já que um dos motivos desse grupo era a responsabilização das proteções a eles incumbidos na relação tradicional, como empregador único.

É certo que inexistia norma vedando a contratação de serviços por terceiros. O artigo 170 da Constituição Federal consagra o princípio da livre iniciativa, e com o apoio do art. 9 da CLT a contratação de trabalhadores por empresa interposta nem sempre é fraudulenta, podendo ser estritamente legal. Assim exposto, faz-se necessário explicar sobre a distinção de uma terceirização lícita e ilícita ou legal e ilegal.

4. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nas duas últimas décadas, a terceirização na Administração Pública tem sido uma prática constante. Aqui, o setor estatal estabelece uma parceria com o setor privado para a consecução de determinadas atividades que não lhe são essenciais, visando à diminuição dos custos e da burocracia estatal.

Em primeiro momento, a ideia da terceirização para o serviço público poderia levar a se pensar em hipóteses de ocorrência de casos de corrupção, principalmente pela ausência de concursos públicos,

mas é importante lembrar da concorrência pública para contratação de serviços. E o Estado pode beneficiar-se da terceirização ao destinar a atividade que não lhe é essencial para outras pessoas, inclusive com um custo menor com o intuito de diminuir a dívida estatal.

A terceirização, por exemplo, da coleta de lixo e do transporte público mediante o sistema de concessão ou de permissão é fato já consolidado no Estado brasileiro. Visa-se com tal procedimento reduzir a burocracia estatal e empenhar esforços com os serviços que lhes são peculiares como Justiça, segurança pública, fiscalização e a diplomacia.

O Estado, entretanto, deve acompanhar a terceirização mediante contrato de gestão, fiscalizando se o serviço está sendo prestado de forma correta e em prol da sociedade. Lembrando que a Administração só pode terceirizar serviços, o que não se confunde com mão-de-obra, essa não deve ser realizada sob pena de favorecer o nepotismo e as nomeações políticas.

5. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA QUALIDADE DE TOMADORA DE SERVIÇOS NA TERCEIRIZAÇÃO

Os efeitos da terceirização de serviços não tem respaldo no ordenamento jurídico, visto que a Constituição Federal no campo da Administração Direta e Indireta lança uma especificidade em relação aos efeitos da terceirização de serviços. O art. 37, II e § 2º da Carta Magna coloca a aprovação em concursos de provas ou de provas e títulos como um requisito insubstituível para a investidura de cargo ou emprego público e ainda considera nulo o ato sem observância desse requisito.

Diante desse obstáculo inarredável torna-se impossível o reconhecimento de vínculo empregatício com a administração,

mesmo que caracterizada sua ilicitude, pois falta o requisito formal do concurso público.

O que a Constituição não pretendeu com a redação deste artigo foi prejudicar os direitos trabalhistas, caracterizadas pela corrupção e pelo clientelismo político, e sim garantir em favor de toda a sociedade a extinção dessas práticas patrimonialistas.

Baseada nessa verdadeira intenção, a súmula 331 em seu inciso II absorveu a vedação constitucional, “*A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta não gera vínculo com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional*” (BRASIL, 1994).

Apesar dessa confirmação, a jurisprudência ainda indaga os efeitos jurídicos da terceirização ilícita em entidades estatais, e a diante do problema surgem três posições interpretativas, explicadas por Delgado (2012, p. 456):

Em um primeiro extremado, sustenta-se que, à medida que a terceirização ilícita por entidades estatais não gera vínculo empregatício (em virtude da vedação constitucional), não teria ela aptidão para produzir qualquer diferença justralhista em benefício do trabalhador ilicitamente terceirizado.

Observa-se que aqui não se trata de negar comunicação remuneratória à terceirização lícita, beneficiando os sujeitos favorecidos pela ilicitude perpetrada – o que é sumamente grave, do ponto de vista da cultura jurídica contemporânea.

A segunda posição quer evitar o resultado final perverso alcançado pela primeira vertente. Mas situa-se no polo extremado oposto, suplantando texto constitucional expresso vedatório de vínculo empregatício sem concurso público.

Tal vertente sustenta que a prática ilícita não poderia beneficiar aquele que já foi por ela economicamente favorecido (no caso, a entidade estatal tomadora de serviços). Desse modo, considera que a presente situação figurada não foge à situação-padrão de

nulidade no Direito do Trabalho, sofrendo os efeitos comuns ao ramo justralhista: convalidam-se todos os atos praticados, conferindo-se validade ao vínculo jurídico com o ente estatal tomador dos serviços, que assume, em consequência, a posição de empregador desde o início da relação socioeconômica verificada.

A terceira corrente adota caminho hermenêutico que se coloca em linha equidistante às duas vertentes polares acima descritas. Reconhece a presente linha interpretativa que a primeira vertente tem o mérito de conferir eficácia ao comando constitucional inquestionável de negativa de vínculo empregatício sem concurso público (ajustando-se assim, também ao texto da Súmula 331, II do TST). Mas padece da falha de compreender que pode a ordem jurídica conferir tratamento privilegiado ao ato ilícito. Já a segunda vertente teria o mérito de buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favorecesse irrefreadamente aquele que já foi beneficiado pelo trabalho despendido. Em contrapartida padece da falha de fazer absoluta tabula rasa do texto constitucional, negando qualquer mínima eficácia à salutar vedação nele contida.

Dentre as correntes apresentadas, a mais prestigiada pela jurisprudência nos últimos tempos foi a intermediária, pois essa se mostrou equilibrada.

A primeira corrente se posiciona, beneficiando o Estado, mas não expõe nenhuma solução para o trabalhador prejudicado. Já a segunda corrente trata o Direito do Trabalho como um super direito, imune a qualquer influência que mude a sua rota, mesmo que essa influência advém da maior norma da nação, e com isso, acaba negando a validade e a eficácia da Constituição. Ao desconsiderar o art. 37, II da CF a segunda corrente deixa implícito, que tal artigo seria uma norma constitucional inconstitucional, talvez por afrontar o

preceito genérico do art. 5º, *caput*,³ da Constituição Federal, o que não é razoável e por isso que o inciso II da Súmula 331 compreendeu a interpretação da Constituição.

A terceira corrente reconhece a eficácia constitucional, mas procura encaixar os direitos trabalhistas a outros princípios constitucionais a fim de afastar os efeitos discriminatórios tentados pela terceirização ilícita.

Todo o esforço histórico de democratização e moralização da Administração Pública não negaria o ético preceito do referido art. 37. Apesar da contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não implicar na geração de vínculo de emprego com ente da Administração Pública, pelos princípios aplicados ao núcleo da relação justrabalhista tem-se o obreiro terceirizado às mesmas verbas trabalhistas legais aplicáveis ao empregado estatal, desde que cumprisse a mesma função, o qual seria única forma de não deixar que o ilícito trabalhista traga maiores benefícios a seu praticante.

A partir daí, surgem inúmeras questões jurídicas envolvendo a responsabilidade da Administração Pública pelos direitos trabalhistas violados pelas empresas prestadoras de serviços, colocando em conflito o entendimento sumulado do TST (Súmula 331, IV) e o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, qual provocou inúmeros reflexos na seara do Direito do Trabalho.

³ Art. 5º. 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.

6. A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331 E O DEVER DA ADMINISTRAÇÃO DE FISCALIZAR DE FORMA EFICAZ O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS QUANTO AO CUMPRIMENTO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS

Em razão da ADC 16, apesar dessa não afastar a responsabilidade do ente público, o TST alterou a redação da Súmula n. 331:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo o caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.74).

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n.7.102 de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do inciso IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666 de 21.06.93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da

prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral (BRASIL, 2011).

A nova redação da Súmula fixa um novo item V, específico para as entidades estatais e o item IV agora dirige apenas às entidades privadas.

O item V exige a fiscalização do fiel cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, ou seja, quando a Administração Pública celebra um contrato de prestação de serviços, fica investida no poder de fiscalizar.

O poder-dever de fiscalização dos entes estatais, além dos preceitos constitucionais, decorre principalmente dos dispositivos da Lei de Licitações.

O padrão fiscalizatório que diz respeito à profundidade dessa fiscalização encontra-se na Instrução Normativa n. 02/2008⁴, alterados pela IN n. 03/2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), isso porque o procedimento da fiscalização dos contratos terceirizados não constitui matéria própria para a disciplina legislativa, sendo o tema reservado às normas regulamentadoras.

⁴ A Instrução Normativa n. 02/2008 do MPOG interpreta e especifica regras de fiscalização, instituindo um padrão fiscalizatório comprometido com a eficiência das técnicas de controle e com a efetividade dos direitos fiscalizados, levando em consideração a realidade do gerenciamento contratual, os riscos decorrentes das práticas contratuais e os direitos e deveres da Administração Pública perante os administradores e perante os terceiros interessados, tais como os trabalhadores terceirizados. Este padrão fiscalizatório federal vincula a Administração Pública em todos os âmbitos federativos.

Embora as normas previstas na IN n. 02/2008 tenham incidência estrita à órbita da Administração Pública Federal, suas diretrizes para uma fiscalização eficaz sobre os contratos de terceirização em matéria trabalhista acabam por orientar os demais entes federativos na implementação de suas normas internas acerca da matéria, em face da legítima expectativa constitucional (art. 37, CF/88) de uma Administração Pública comprometida com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de controle da atividade administrativa.

O dever de fiscalizar começa desde a seleção da empresa no procedimento de licitação, passando pela previsão das responsabilidades trabalhistas da empresa na formalização do contrato e pela vigilância diária do cumprimento daqueles direitos no curso da execução contratual até atingir os momentos finais do contrato.

A IN n.02/2008 do MPOG permite que a Administração Pública receba a autorização prévia da empresa contratada para promover ordinariamente o provisionamento e a retenção de valores relativos ao preço do contrato, para o pagamento direto de remuneração de férias, gratificação natalina, verbas rescisórias e depósitos de FGTS dos empregados da empresa terceirizada, assim como, para efetuar descontos nas faturas e realizar de quaisquer direitos trabalhistas que vierem a ser inadimplidos pela empresa contratada.

O não cumprimento ou o cumprimento irregular das cláusulas contratuais, assim como o cometimento reiterado de faltas na sua execução e o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, o que se enquadra perfeitamente à hipótese de inadimplemento trabalhista é motivo para rescisão contratual, como prevê o art. 78 da Lei 8.666/93. O artigo da Lei de Licitações é confirmado no Art. 34-

A da Norma Regulamentadora: “*O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções...*”

No sistema jurídico de licitações e contratos com o Poder Público, é necessária a exigência da qualificação econômico-financeira dos contratados, impor formas especiais de cumprimento das obrigações pelos contratados, exigir garantias para o caso de inadimplência trabalhista, fiscalizar a execução do contrato, exigir o aumento das garantias econômicas necessárias e ainda rescindir o contrato quando as obrigações trabalhistas não estão sendo adimplidas pela empresa contratada.

A administração só se desincumbe da responsabilidade quando demonstra eficaz de todos os procedimentos legais de controle, além daqueles que não previstos em lei, sejam indispensáveis à eficiência da fiscalização na obtenção dos seus resultados. Assim, o tomador de serviços estatal tem o ônus processual de comprovar seus plenos zelo e exaço quanto ao adimplemento do seu dever fiscalizatório, garantindo-lhe o amplo direito de defesa, o contraditório e o devido processo legal⁵.

O requisito, da conduta culposa da Administração, evidenciada no item V, apenas resguarda a ideia de que tal fato não diminui a responsabilidade original do empregador terceirizante, de maneira a manter hígido o direito de regresso do tomador de serviço estatal.

Constatada a ausência de fiscalização ou a fiscalização precária da Administração Pública e a inadimplência trabalhista da empresa

⁵ A garantia dos direitos processuais está esculpida no art. 5º, LIV e LV, CF.

Art. 5º LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

contratada, configura a culpa *in vigilando* e *in eligendo* da Administração.

Neste sentido, a falha do poder-dever de fiscalização do ente estatal é aplicada a regra responsabilizatória incidente sobre qualquer pessoa física ou jurídica que por ato ou omissão culposos cause prejuízos a alguém, a culpa *in vigilando*. Da mesma forma, quando a Administração admite para prestação de seus serviços, empresa sem idoneidade financeira capaz de cumprir os compromissos trabalhistas dos seus empregados, age com culpa *in eligendo*, essa refere à má escolha da Administração.

Não há previsão legal de que somente a empresa terceirizada detenha responsabilidade, também não se pode transferir diretamente a responsabilidade para a Administração como tomadora, colocando essa como responsável por eventual dano ou prejuízo emergente do contrato celebrado de terceirização. O que se entende é que a Administração Pública é sim responsável quanto aos créditos trabalhistas dos empregados terceirizados, cabendo a essa o ônus das alegações.

Orienta Leonardo de Mello Caffaro (2010, P. 1483) que a questão da terceirização deve ser examinada com cautela pelos operadores jurídicos porque não se pode admitir sua utilização como meio de burlar garantia dos direitos trabalhistas mediante a contratação pela Administração Pública de meras “empresas de fachada” e de causar favorecimentos indevidos. De outra via, também não se pode servir como obstáculo para a eficiência da gestão administrativa.

7. CONCLUSÃO

Diante do capitalismo que emergiu a partir da década de 1970, a revolução tecnológica, seja em face da concorrência mundial, seja em

face da reestruturação produtiva, tornou necessária a adaptação do Direito do Trabalho.

A reestruturação empresarial presenteia o Direito do Trabalho com uma nova estrutura de relações, diferente da clássica bilateral. A terceirização é um fenômeno presente e inevitável, concebida em um mundo corporativo e rodeado de ideias ultraliberais, tendo declarada a intenção de redução de custos, inclusive da mão de obra. Então, entende que a terceirização de serviços passa a ser o principal instrumento de precarização das relações de trabalho. Por tal motivo, quanto mais gravosa a terceirização for para as empresas, menor será sua ocorrência e os efeitos serão menos danosos aos trabalhadores.

Considerando tal contexto, não se pode olvidar que a CF/88 coloca, no art. 1º, III e IV, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como princípios fundamentais. Assim, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária devem-se respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores, a ordem econômica na valorização do trabalho humano e a ordem social no primado do trabalho.

Portanto, não se pode pretender impedir a terceirização a todo custo, nem distorcer realidades fáticas que demonstram a possibilidade, viabilidade e conveniência da terceirização de serviços. O que, sim, é necessário é a adoção de medidas que protejam adequadamente os trabalhadores terceirizados, assegurando-lhes não apenas os direitos trabalhistas mínimos, mas também as condições de trabalho seguras e dignas.

O Direito não pode servir como instrumento para interromper o desenvolvimento econômico ao mesmo tempo que não pode servir como forma de restringir direitos sociais já conquistados.

Nesse sentido, vimos a evolução das leis, como a alteração das Súmulas nº. 256 e nº 331 do TST e a posterior revogação da Súmula 256 que indicavam a evolução do posicionamento da Corte

Trabalhista. Passou-se a admitir a terceirização em atividade meio e em virtude de ausência de lei específica houve a necessidade de interpretação do ordenamento jurídico para a solução de lides trabalhistas que questionavam o tipo de contratação.

Assim, não existe total proibição e nem mesmo total autorização da terceirização com ausência da responsabilidade da tomadora, ainda que esta seja a Administração Pública.

Na terceirização deve haver um equilíbrio entre os princípios constitucionais e as demais leis do ordenamento jurídico, e com esse equilíbrio vivenciamos a última decisão referente a terceirizações, a ADC n.16 coloca em prática a tese desse equilíbrio.

Se o ordenamento admite a terceirização, deve admitir também a responsabilidade do tomador de serviços, mesmo que seja a Administração Pública, que se rege, dentre outros, pelos princípios da legalidade e da moralidade.

8. REFERÊNCIAS

BARROS, Aline Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de Junho de 1993**: Lei de Licitações e Contratos.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 02 de 30 de abril de 2008**. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO,

ORÇAMENTO E GESTÃO. Disponível em http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02_30042008.htm. Acesso em 28/04/2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Brasília, 1994.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Resolução nº174/2011. Brasília, maio de 2011.

CAFFARO, Leonardo de Mello. O pós-positivismo, o direito do trabalho e a noção de interesse público – A terceirização na Administração Pública e a Súmula nº 331 do TST em questão. **Revista LTr**, São Paulo, ano 74, n. 12, p. 1.470-1.484, dez. 2010.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização e Intermediação de Mão-de-Obra na Administração Pública. **Revista LTr**, São Paulo, v. 6, n. 6, p. 686, junho, 2003.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e sequela**. São Paulo: LTr, 1997.

COURA, Solange Barbosa de Castro. O capitalismo contemporâneo e suas transformações: o impacto da terceirização trabalhista. **Revista LTr**, São Paulo, v. 75, n. 12, p. 1460-1472, dez. 2011.

DELGADO, Gabriela Martins. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. Solidariedade e subsidiariedade e a responsabilização trabalhista. Revista do Direito Trabalhista. **Consulex**, p. 51, Brasília, Nov. 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

FLEURY, Rodrigo Curado. A Responsabilidade Trabalhista na Administração Pública na Contratação de Serviços Terceirizados. **Revista LTr**, São Paulo, v. 66, n. 3, p. 324, mar. de 2002.

GIGLIO, Wagner D. Terceirização. **Revista LTr**, São Paulo, v. 75, n. 4, p. 391-394, abr. 2011.

GIRAUDEU, Michel Oliver. **Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2010.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica.** São Paulo: LTr, 2003.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A Terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei nº 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). **Revista LTr**, São Paulo, v. 75, n. 3, p. 276-281, mar. 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O fenômeno da Terceirização e suas Implicações Jurídicas. **Revista LTr**, São Paulo, v. 75, n. 11, p. 1287–1295, nov. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da Súmula nº331 do TST diante do novo Código Civil. **Revista LTr**, São Paulo, v. 75, n. 1, . p. 9-15, jan. 2011.

PIMENTA, Jose Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 75, n. 07, p. 775-791, jul. 2011.

POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários.** São Paulo: Atlas, 2000. p. 97- 127.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SALVINO, Marcos Ribeiro; FERREIRA, Simone Rodrigues. A terceirização de Serviços na Administração Pública e Responsabilidade Trabalhista. **Revista Novatio Iuris**, v. 2, n. 3, p. 119-145, Jul. 2009.

SCHIMIDT, Martha Halfed F. de Mendonça, *et all.* **O que há de novo no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997

O ACÚMULO DE CARGOS, EMPREGO E FUNÇÃO PÚBLICA À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Flávio Henrique Salomão Neto¹

RESUMO

Instituto por demais controverso, e por quê não dizer, complicado, dentre as nuances das normas que regem a relação entre a Administração Pública e os servidores, o Acúmulo de cargos, empregos e funções públicas merece, sempre, uma análise, para que melhor possa ser discutido e entendido. Assim, vimos trazer uma reflexão acerca do mesmo, a fim de despertar na comunidade acadêmica uma ampliação no seu estudo, sem nenhuma pretensão de dá-lo por encerrado, vez que o dinamismo do Direito Administrativo, principalmente frente às recentes alterações constitucionais, faz com que estejamos, no dia a dia, buscando novos temas, trazendo-os para o debate.

PALAVRAS – CHAVE

Agentes públicos - Cargos, empregos e funções públicas – Acúmulo – Exceções.

ABSTRACT

Institute too controversial, and why not say, complicated, among the nuances of the rules governing the relationship between public administration and the servers, the accumulation of offices, positions and public office deserves, always, an analysis, so you can better be discussed and understood. So, we put some questions about the same,

¹ Bacharel em Direito pelo IESI/FENORD, especialista em Direito Público e em Direito Administrativo (FADIVALE), doutorando pela Universidade do Museo Argentino. Professor do IESI/FENORD.

in order to awaken in the academic community an expansion in their study, with no pretense of giving it closed, once the dynamism of Administrative Law, especially because of the recent constitutional amendments, makes what are, day by day, looking for new subjects, bringing them into the discussion.

KEY-WORDS

Public officials - Positions, jobs and public functions - Accumulation -Exceptions.

1 INTRODUÇÃO

A busca por “um lugar ao sol”. É assim que a maioria do povo brasileiro tem vivido, batendo à porta do Serviço Público para tentar conseguir um cargo, um emprego ou uma função pública. A estabilidade, a segurança, a jornada de trabalho, a remuneração e a aposentadoria, aliados à falta de uma efetiva cobrança de resultados, despertam o fascínio nesse povo ávido para ocupar uma vaga na Administração Pública. É compreensível que, em um país de poucas oportunidades de bons empregos, principalmente nas regiões mais carentes, essa busca seja incessante. Mas essa porta é estreita, ou seja, como a cobiça é enorme, ou a procura é maior que a oferta, existem limitações, restrições, requisitos, exigências etc., que acabam por impedir ou dificultar esse ingresso no Serviço Público. Esse vínculo pretendido pode ser de duas formas: efetivo ou não efetivo. Aqueles conhecedores das regras do jogo e que querem o ingresso com vínculo efetivo, depositam seus sonhos, objetivos, metas, projetos e planos de vida mirando a aprovação em concurso público. Os que não almejam esse vínculo efetivo, seja lá por quais razões forem, mas, ainda assim, pleiteiam um lugar na Administração Pública, buscam essa vaga através de uma contratação temporária ou de uma

nomeação para a ocupação de um cargo de livre nomeação e exoneração. Com tanta gente querendo uma vaga, é racional dizer que se deve dar oportunidades iguais a todos quantos possam ocupá-la. Daí, concentrar cargos, empregos e funções públicas nas mãos de poucos privilegiados seria pouco razoável. Então, a nossa Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XVI, proíbe o acúmulo de cargos, empregos e funções públicas, só permitindo aqueles casos previstos taxativamente nas alíneas a, b e c do mesmo inciso. Para entender essas exceções, faremos um breve estudo sobre o acúmulo de cargos, empregos e funções públicas à luz dos nossos mandamentos legais.

2 AGENTES PÚBLICOS

A Administração Pública é quem faz a vontade do Governo. Mas, aquele que atua de maneira a fazer a vontade da Administração, é o agente público. Segundo a Lei nº 8.429/92, que trata sobre a improbidade administrativa, são considerados agentes públicos:

Art. 2º - Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Para Hely Lopes Meirelles (2009, p. 75), agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 248) disse que agentes públicos são os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos

de sua vontade ou ação, ainda quando o fazem somente ocasional ou episodicamente.

2.1 CLASSIFICAÇÃO

Aquele que desempenhe funções estatais, enquanto em exercício, é um agente público. Por isto, a noção alcança tanto o Chefe do Poder Executivo como os parlamentares, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias e fundações públicas, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas esferas de Governo, os empregados das concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os contratados sob locação de serviços, os voluntários e os gestores de negócios públicos (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 249). Há discussão acerca da colocação dos membros do Ministério Público e dos Juízes como integrantes dessa classificação.

Desta forma, é predominante a classificação de agentes públicos em *políticos*, *administrativos* e *por colaboração*. E assim se apresentam:

- a) AGENTES POLÍTICOS - são os titulares dos cargos estruturais da organização política do país, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. A função é a de formador da vontade superior do Estado. São eles:
 - na esfera do Executivo: O Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos, seus Vices e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas);

- na esfera do Legislativo: os Senadores, Deputados e Vereadores; e
 - na esfera do Judiciário: os Juízes singulares e os membros dos diversos tribunais.
- b) AGENTES ADMINISTRATIVOS – são os servidores públicos em geral. Agrega aqueles que planejam e executam as atividades a cargo da Administração Pública. São:
- os servidores públicos estatutários, sujeitos ao Estatuto dos servidores públicos e ocupantes de cargo público;
 - os empregados públicos, contratados sob o regime da CLT, e que são ocupantes de emprego público nas empresas públicas, sociedades de economia mista e serviços sociais autônomos.
 - os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público; exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público (CF, art. 37, IX – Leis 8.745/93, 9.849/99 e 10.667/03). Ex.: contratados pelo IBGE para o recenseamento.
- c) AGENTES POR COLABORAÇÃO – são particulares que colaboram com o Poder Público, de forma voluntária ou compulsória, ou também por delegação. São eles:
- Agentes voluntários – os que atuam em campanhas;
 - Agentes compulsórios – os jurados, mesários, escrutinadores;
 - Agentes por delegação – os empregados das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos, as pessoas físicas permissionárias ou autorizadas de serviços públicos, os que exercem serviços notariais e de registro (art. 236, CF).

3. CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública tem um sistema organizacional em forma de pirâmide, onde a sua estrutura representa uma hierarquia. É o chamado organograma. Nessa representação, em cada caixa que corresponde a um órgão ou unidade do órgão, veremos que há a respectiva competência ou atribuição. Os cargos e empregos públicos são unidades de atribuições inseridas nesse organograma. Essa competência ou atribuição é exercida pelos agentes públicos. O agente público, então, é quem ocupa o cargo, emprego ou função pública nessa estrutura. Esse sistema faz com que tenhamos uma exata noção daquele célebre ditado que diz que “manda quem pode, e obedece quem tem juízo”.

Assim, o *cargo público*, conforme dispõe o art. 3º, da Lei nº 8.112/90, “é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”. Já o *emprego público* é aquele existente nas pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta. No tocante à *função pública*, é aquela situação em que se encontra o agente que foi contratado pela Administração Pública sem, no entanto, ser detentor de um cargo público.

O meio através do qual se dá o preenchimento de cargos e empregos públicos é, de regra, o concurso público, conforme a Constituição Federal, mas, ressalva, pode haver livres nomeações para aqueles denominados *ad nutum*. É o que diz em seu art. 37, inciso II, *litteris*:

a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em

comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Os cargos, empregos e funções públicas, segundo dispõe a Constituição Federal, no mesmo art. 37, no inciso I, “são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”. Por tratar especificamente dos servidores públicos detentores de cargos públicos, a Lei nº 8.112/90, em seu art. 3º, parágrafo único, diz que os cargos públicos “são acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, devem ter denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão”. Sobre a investidura no cargo público, a mesma lei, em seu art. 5º, diz:

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o gozo dos direitos políticos;

III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;

IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;

V - a idade mínima de dezoito anos;

VI - aptidão física e mental.

§ 1º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei.

Embora haja, num primeiro momento, na supracitada lei, uma restrição quanto à nacionalidade, é de ressaltar-se que se aplica o disposto na Constituição Federal, que na parte final do inciso I, do art. 37, diz “assim como aos estrangeiros, na forma da lei”. Ocorre que ainda não temos a lei disciplinando esse ingresso de estrangeiros. Ou seja, não foi regulamentado ainda o ingresso do estrangeiro em cargos públicos.

O vínculo empregatício entre a Administração Pública e o ocupante do cargo público, é o estatutário, i.e., há uma lei, denominada de Estatuto, que dispõe, entre outras coisas, sobre as formas de investidura no cargo e direitos, deveres e responsabilidades do seu ocupante.

Sobre esse vínculo entre o servidor e o Estado, a Constituição Federal de 1988 impôs à Administração Pública a adoção de um regime jurídico único, *in casu*, o estatutário. Com a nova redação dada ao art. 39, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, houve, de início, o entendimento de que a Administração Pública poderia, a partir dali, efetuar a contratação de servidores públicos por qualquer um dos regimes, pois a nova redação suprimiu a exigência do regime jurídico único. Estudiosos do tema diziam que o regime estatutário seria adequado aos agentes que exercem as chamadas “carreiras de Estado”, que são aquelas que exercem atribuições relacionadas à expressão do Poder Estatal, não possuindo, portanto, correspondência no setor privado. Integram o núcleo estratégico do Estado, requerendo, por isso, maior capacitação e responsabilidade. A elas se refere o artigo 247 da Constituição Federal; enquanto que o regime celetista seria mais adequado para aqueles que exercem funções mais próximas de atividades privadas de que, necessariamente, de Estado, como é o caso dos motoristas, ascensoristas, telefonistas etc.

Nesse contexto, foi editada a Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. No entanto, foi impetrada a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 2.135/DF, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 02/08/2007, que decidiu liminarmente pela suspensão da nova redação do *caput* do art. 39, operando efeitos *ex nunc*, fazendo com que fosse restaurada a redação original do referido artigo,

restabelecendo a obrigatoriedade do regime jurídico único. Mas não houve revogação da Lei nº 9.962/2000, o que faz com que aqueles empregados públicos que tenham sido, durante sua vigência, contratados tendo com vínculo o regime celetista, nele permaneçam.

Desta maneira, poderemos ter a convivência de agentes lotados na Administração direta do Governo federal com dois regimes: o estatutário e o celetista.

O emprego público, como já dito, é aquele existente nas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. O seu provimento também se dá através de concurso público de provas ou provas e títulos. O vínculo empregatício entre o empregado público e o Estado é o celetista, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Muito se discute sobre a estabilidade, mais especificamente se ela alcança os empregados públicos. O art. 41, da Constituição Federal, assim diz:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com

remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. § 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Importante ressaltar que o artigo supracitado vem dentro do Capítulo dos Servidores Públicos, e que, pela leitura que se faz do colacionado acima, restringe o direito à estabilidade somente a esses. Mas, ainda resta uma discussão, pois o art. 3º, da Lei nº 9.962/2000, traz a seguinte redação:

Art. 3º - O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses:

I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;

IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

Então, o empregado público que for regido pela mencionada lei tem, por assim dizer, uma estabilidade mitigada, já que lhe são asseguradas algumas garantias que o regime celetista não contempla. Há quem diga que esses não são empregados públicos, mas sim,

servidores públicos celetistas que prestam serviços na Administração direta, autárquica e fundacional.

Quanto à função pública, é bem claro que função nada mais é que as competências, atribuições do cargo. Assim, todo aquele que é detentor de um cargo, tem função correspondente, mas nem todo aquele que tem uma função, tem cargo correspondente. E é assim porque pode ele ser contratado temporariamente para o exercício de uma função, mas não será ocupante de um cargo, porque este não foi criado por lei. Normalmente, como já dito, é para situações excepcionais, como previsto no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, para contratação de agentes temporários.

4. O INGRESSO EM CARGOS PÚBLICOS

Hoje, investe-se, e muito, no projeto de obtenção de uma vaga no Serviço Público. Editais de concursos são estampados em panfletos, jornais e sites especializados. Proliferam, país afora, os cursinhos preparatórios para concursos públicos. Mas é preciso que o cidadão saiba que existem regras para a investidura em um cargo público.

E é a Constituição Federal que traz a seguinte previsão legal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza

e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

[...]

Portanto, são as seguintes as formas de ingresso no Serviço Público: a) Para investidura em cargo efetivo, será necessária aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos; b) Para os cargos de recrutamento amplo, de livre nomeação e exoneração, não há concurso público, pois são os cargos de direção, chefia e assessoramento que, pressupõe-se, sejam de confiança; c) Ocorrem também as contratações temporárias para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

5 INACUMULABILIDADE DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

Num país de poucas oportunidades de bons empregos, principalmente fora dos grandes centros, é compreensível que as pessoas queiram gozar de certas garantias empregatícias. Como no setor privado essas garantias são mínimas, o empregado fica inseguro quanto ao seu futuro, pois não sabe se contará ou não com esse emprego amanhã. Aí é que entra o interesse de se conseguir um lugar na Administração Pública. E as pessoas, muitas das vezes, não medem esforços para conseguir esse lugar. Pior ainda, algumas, quando desempregadas, até jogam para cima do Estado a obrigação de empregá-las, como se o Estado tivesse que arranjar para cada um de seus cidadãos uma vaga no Serviço Público.

É bem verdade que já houve, na história do Serviço Público, um momento em que o Estado empregou muito, pois ele passou a assumir serviços que não teriam que ser prestados diretamente por ele, ocorrendo a estatização ou a publicização dos serviços públicos. Com isso, as pessoas eram empregadas na Administração Pública sem nenhum critério. A falta de qualificação, e o próprio desinteresse por uma vaga no Serviço Público, à época, fez com que o Estado pegasse servidores “a laço”. Exemplos não faltam de pessoas que, por já serem alfabetizadas, eram contratadas para alfabetizar, daí tínhamos as professoras “leigas”; homens eram contratados para serem soldados, e o critério era o porte físico ou a coragem já demonstrada em eventuais situações nas quais havia se metido; fiscais de renda ou coletores eram arregimentados junto à sociedade, e o que se observava nesses casos era se a pessoa saberia separar as amizades dos deveres, e, não raras vezes, passavam a ser odiados pelos comerciantes; delegados eram aqueles que se destacassem pelo destemor, pelo sentido de justiça e de austeridade, e eram indicados

por políticos locais influentes. Enfim, uma sorte de situações que, com o passar dos tempos, na medida em que passou o Estado a ter uma atuação mais próxima do tomador do serviço, ele, o Estado, fez-se notar, e com isso, o agente público começou a merecer maior respeito. Com a consagração da estabilidade, o cargo público passou a ser mais valorizado.

5.1 A VEDAÇÃO À ACUMULAÇÃO NA HISTÓRIA E NA LEGISLAÇÃO

A história da acumulação de cargos, empregos e funções não é recente. Também não são recentes as restrições a essa acumulação. Já na época do Brasil-Colônia, no Século XVII, existiam decretos, avisos e cartas-régias que proibiam a acumulação de funções públicas remuneradas. A Carta Política do Brasil-Império não tratou acerca do tema, mas nas seguintes, como na Constituição de 1891, em seu art. 73, tínhamos que “Os cargos públicos civis, ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas”; já a Constituição de 1934 era mais específica sobre o assunto, tratando, inclusive, sobre as exceções, e em seu art. 172 previa que:

É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios.
§ 1º Excetua-se os cargos do magistério e técnico-científicos, que poderão ser exercidos cumulativamente, ainda que por funcionário administrativo, desde que haja compatibilidade dos horários de serviço."

Estranho foi o retrocesso em termos de texto legislativo, já que a Constituição de 1937, em seu art. 159, foi demasiadamente objetiva ao dizer que “É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios”. Como se vê, esse texto não trouxe nenhuma previsão de exceção.

Como a corrigir essa falha, a Constituição de 1946, em seu art. 185, disciplinou da seguinte forma: “É vedada a acumulação de quaisquer cargos, exceto a prevista no art. 96, I, e a de dois cargos de magistério ou a de um deste com outro técnico ou científico, contanto que haja correlação de matéria e compatibilidade de horários”. A exceção prevista no art. 96, I, referia-se ao exercente do cargo de juiz que, já à época, poderia acumular com o de magistério secundário ou superior.

A Constituição de 1967 tratou sobre a matéria, em seu art. 97, da seguinte forma:

Art. 97 - É vedada a acumulação remunerada, exceto:

I - a de Juiz e um cargo de Professor;

II - a de dois cargos de Professor;

III - a de um cargo de Professor com outro técnico ou científico;

IV - a de dois cargos privativos de Médico.

§ 1º - Em qualquer dos casos, a acumulação somente é permitida quando haja correlação de matérias e compatibilidade de horários.

§ 2º - A proibição de acumular se estende a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

§ 3º - A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, cargo em comissão ou ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.

No mesmo sentido, a Emenda Constitucional nº 01/1969, deu nova redação à Constituição de 1967, trazendo em seu art. 99 quase

que a redação do art. 97 daquela e acrescentando um quarto parágrafo e renumerando o parágrafo terceiro:

Art. 99 - É vedada a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, exceto:

I - a de juiz com um cargo de professor;

II - a de dois cargos de professor;

III - a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; ou

IV - a de dois cargos privativos de médico.

§ 1º Em qualquer dos casos, a acumulação somente será permitida quando houver correlação de matérias e compatibilidade de horários.

§ 2º A proibição de acumulação estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedade de economia mista.

§ 3º Lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, poderá estabelecer, no interesse do serviço público, outras exceções à proibição de acumular, restritas a atividades de natureza técnica ou científica ou de magistério, exigidas, em qualquer caso, correlação de matérias e compatibilidade de horários.

§ 4º A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.

Já a Constituição de 1988 trouxe a matéria não em um artigo específico, mas dentro do Capítulo da Administração Pública, em seu art. 37, onde, nos incisos XVI e XVII, dispunha, originariamente, da seguinte forma:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários:

a) a de dois cargos de professor;

- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
 - c) a de dois cargos privativos de médico;
- XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo poder público;

Percebe-se que o legislador economizou no tratamento dispensado à matéria. O que parece ser muito simples, acaba dando azo ao surgimento das mais variadas interpretações. Por exemplo: E se a pessoa que já era detentora de dois cargos acumuláveis, sendo neles aposentada, fosse contratada, poderia assumir essa terceira situação? E se alguém fosse detentor de um cargo, nele se aposentando, poderia assumir outro cargo, mesmo se inacumulável?

Sentindo necessidade de melhor definir as situações previstas, a Emenda Constitucional nº 19 dá nova redação ao *caput* do inciso XVI e do inciso XVII. Inobstante, e para ampliar o leque das exceções previstas na alínea “c”, a Emenda Constitucional nº 34/2001 dá nova redação a essa, ficando assim os referidos incisos XVI e XVII, do art. 37:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

~~c) a de dois cargos privativos de médico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)~~

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001)

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Apesar disso, são vários os servidores públicos que têm, legalmente, o acúmulo de dois, três ou mais cargos. É que, como visto anteriormente, se o servidor se aposentasse, ele poderia assumir nova função, como contratado. Existem casos até de servidores que estavam aposentados em dois cargos de professor, por exemplo, prestou concurso para novo cargo de professor, assumiu neste novo cargo, está trabalhando no mesmo, mas não poderá nele se aposentar. É que, quando da posse, se ela ocorreu antes da EC 19/98, a pessoa tem o direito adquirido ao exercício do cargo, mas, como não é mais possível a tríplice acumulação, não poderá se aposentar.

Sobre a tríplice acumulação, essa é vedada, não há qualquer hipótese legal dessa possibilidade, pois o previsto nas alíneas do inciso XVI, do art. 37, da Constituição Federal, deve ser aplicado de forma isolada, e não simultânea. Assim já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSOR. TRIPLA ACUMULAÇÃO DE CARGOS. INVIABILIDADE. TRANSCURSO DE GRANDE PERÍODO DE TEMPO. IRRELEVÂNCIA. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. 1. Esta Corte já afirmou ser inviável a trípla acumulação de cargos públicos. Precedentes: RE 141.376 e AI 419.426-AgR. 2. Sob a égide da Constituição anterior, o Plenário desta Corte, ao julgar o RE 101.126, assentou que "as fundações instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço

estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público". Por isso, aplica-se a elas a proibição de acumulação indevida de cargos. 3. Esta Corte rejeita a chamada "teoria do fato consumado". Precedente: RE 120.893-AgR. 4. Incidência da primeira parte da Súmula STF nº 473: "a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos". 5. O direito adquirido e o decurso de longo tempo não podem ser opostos quando se tratar de manifesta contrariedade à Constituição. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 381204, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 11-11-2005 PP-00048 EMENT VOL-02213-04 PP-00646 REVJMG v. 56, n. 174, 2005, p. 427-429).

Também, há de salientar-se que as situações de acúmulo para o servidor que já esteja aposentado são analisadas como se na ativa estivesse, ou seja, ele somente poderá acumular seu cargo aposentado com outro que possa ser acumulado dentro daquelas situações previstas na Constituição. Até mesmo a contratação há de ser para aqueles cargos, empregos ou funções contidos naquelas exceções preceituadas no art. 37, XVI, da Constituição Federal, acrescida de outra exceção, que é para a nomeação em cargos “ad nutum”.

De fundamental importância ressaltar que a impossibilidade de acumulação somente se refere a cargos remunerados. Interessante também é destacar a exigência da compatibilidade de horário. A respeito do cargo remunerado, existe quem imagina que, uma vez licenciando-se para tratar de interesse particular, portanto sem remuneração, pode assumir outro cargo público que, em tese, seria inacumulável, quer seja pela natureza, quer seja pelo horário. E argumenta: uma vez licenciado, não há se falar em remuneração ou em incompatibilidade de horário. Ora, o seu cargo é remunerado,

ainda que a remuneração esteja suspensa, porque está licenciado, e não há que se discutir: se pela natureza, são inacumuláveis, não é pelo fato de estar licenciado no primeiro cargo que tornará lícita a sua acumulação com o segundo. Quanto à incompatibilidade de horário, é bom lembrar que essa licença pode, a critério da Administração Pública, ser interrompida a qualquer momento.

5.2 RAZÃO DE SER DAS EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS

Embora na prática possa parecer o contrário, há de se ressaltar que a regra é a de que os cargos, empregos e funções públicas são inacumuláveis, pois é essa a melhor interpretação do enunciado do art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal. Senão, vejamos:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
 - b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
 - c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;
- XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

É preciso entender, que quando a Constituição Federal traz essas exceções, ou seja, quando ela permite que haja o acúmulo de dois cargos de professor; a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; e a de dois cargos ou empregos privativos da área de saúde, com profissões regulamentadas, não está procurando

privilegiar os detentores dessas formações - há até quem pense que é uma maneira de compensar pela baixa remuneração desses profissionais no setor público, principalmente no caso dos professores -. Em verdade, é a carência desses profissionais que faz com que tenhamos essas exceções. É a própria necessidade da Administração, protegendo o interesse público. E há de reconhecer-se a inteligência dessas ressalvas, pois se aquela pessoa que tem, por exemplo, um cargo de Engenheiro no Município, é detentor do conhecimento de ciências exatas, por que não aproveitá-lo como professor na sua área de conhecimento? Lembrando-se, neste caso, que o cargo de Engenheiro deve ter como condição para seu preenchimento a formação técnica. É assim também com o cargo de Professor. Ora, se ele é Professor em um turno, por que não pode ser noutro? Afinal, a carga horária de professor é de 24 horas semanais. Portanto, havendo compatibilidade de horários, não há nenhum problema.

5.3 A NATUREZA DO CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA

Dentre as exceções constitucionais, a que mais traz dúvidas é sobre o que vem a ser um cargo técnico ou científico. A princípio, o que determina se o cargo é técnico ou científico, não é o nome do cargo, e sim, a exigência da formação na área para preenchimento do mesmo. Isto é, como requisito para seu preenchimento, é necessário que a pessoa comprove ter formação específica. Essa formação técnica pode ser de nível médio ou superior. Desta forma, encontramos na Administração Pública cargos como o de Técnico em Contabilidade, Técnico em Enfermagem, Técnico Agrícola, Técnico Gerencial etc., que são de nível médio. Enquanto que outros exigem uma formação superior.

6 O PROCESSO DE ACÚMULO DE CARGOS, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA

Compete a cada pessoa, ao assumir um cargo público, declarar, formalmente, perante a pessoa competente, a sua situação funcional. Neste momento, deverá declarar se já é detentor ou não de outro cargo, emprego ou função pública. É o que diz a Lei nº 8.112/90, em seu art. 13, § 5º: “No ato da posse, o servidor apresentará declaração de bens e valores que constituem seu patrimônio e declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública”.

Caso afirmativo, será montado pela Administração Pública um Processo de Acúmulo de Cargos, Emprego ou Função Pública. Dentre as informações que comporão esse processo, estará a declaração minuciosa constando a natureza dos cargos, o seu horário de trabalho nesses cargos, o intervalo para almoço, caso haja, a quilometragem, o meio de transporte e o tempo de deslocamento entre um local e outro de trabalho, se for o caso.

A Administração então fará estudo e, ao final, dará parecer sobre aquela situação. O servidor será notificado do resultado. Sendo julgado ilícito o acúmulo, ser-lhe-á dado prazo para a impetração de recurso administrativo. Não sendo provido seu recurso, o servidor deverá fazer a opção, dentro do prazo assinado pela Administração, sobre qual cargo deseja manter. Eis o que dispõe a Lei nº 9.527/97:

Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e

regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases:

I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração;

II - instrução sumária, que compreende indicição, defesa e relatório;

III - julgamento.

§ 1º A indicação da autoria de que trata o inciso I dar-se-á pelo nome e matrícula do servidor, e a materialidade pela descrição dos cargos, empregos ou funções públicas em situação de acumulação ilegal, dos órgãos ou entidades de vinculação, das datas de ingresso, do horário de trabalho e do correspondente regime jurídico.

§ 2º A comissão lavrará, até três dias após a publicação do ato que a constituiu, termo de indicição em que serão transcritas as informações de que trata o parágrafo anterior, bem como promoverá a citação pessoal do servidor indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata, para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa escrita, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição, observado o disposto nos artigos 163 e 164.

§ 3º Apresentada a defesa, a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, opinará sobre a licitude da acumulação em exame, indicará o respectivo dispositivo legal e remeterá o processo à autoridade instauradora, para julgamento.

§ 4º No prazo de cinco dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no § 3º do art. 167.

§ 5º A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo.

§ 6º Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em

relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados.

§ 7º O prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não excederá trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias, quando as circunstâncias o exigirem.

§ 8º O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, subsidiariamente, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei.

Caso não se manifeste dentro desse prazo e insista em permanecer na ilicitude este se sujeitará a responder a um Processo Administrativo Disciplinar, cuja sanção prevista é a de demissão, conforme disposto no art. 132, XII, da Lei nº 8.112/90.

7 CONCLUSÃO

É preciso que conheçamos os meandros do Serviço Público para que possamos entender algumas de suas particularidades. Espanta-nos a barganha política feita sendo utilizados cargos públicos como moeda de troca. Ora, os cargos públicos são criados por lei e só podem ser preenchidos acaso vagos. Assim, mesmo que em campanha política haja a promessa de distribuição de cargos, necessário se faz estabelecer limites e/ou requisitos para preenchimento desses cargos. A Constituição Federal, então, prevê que esses sejam os cargos de livre nomeação e exoneração, desde que tenham sido criados e dispostos em lei. Mas a Constituição também se preocupa, e não poderia ser diferente, com os cargos efetivos e diz que esses somente poderão ser preenchidos através de concurso público.

E como é bom ver que essa é uma questão constitucional, pois assim, a Lei Maior procura colocar “ordem na casa”. É que a Administração Pública, tantas vezes utilizada para atender a interesses particulares, neste caso, trata o acesso a cargos, empregos e funções públicas com certo rigor. Num país onde, sabidamente, há uma escassez de bons empregos, conseguir um cargo público é o que muitos esperam, seja na base do apadrinhamento, seja pela meritocracia.

Uma vez ocupando o cargo, emprego ou função pública, há de se ressaltar que a regra constitucional é de que cada pessoa somente pode ter um cargo, ou um emprego, ou uma função pública. Essa é a regra. As exceções são as previstas no art. 37, inciso XVI da Constituição Federal. E se enquadrar nessas exceções requer o preenchimento de certos requisitos, como a natureza do cargo e a compatibilidade de horários. Mas é de se lembrar que essas exceções são para atender ao interesse público, e não ao dos particulares privilegiados que nelas se enquadram. Nessa direção, a Lei coíbe o acúmulo ilícito, que privilegia a meritocracia e assim a Administração Pública deixa de ser vista como um “cabide de empregos”.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o91.htm. Acesso em: 29 dez. 2013.

_____ Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em: 29 dez. 2013.

_____ Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: 29 dez. 2013.

_____ Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 25 de janeiro de 1967.** Em vigor a partir de 15 de março de 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em: 29 dez. 2013.

_____ Constituição (1967). **Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 29 dez. 2013.

_____ Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 dez. 2013.

_____ **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

_____ **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 15 de dez. de 2013.

_____ **Lei nº 8.745, de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e da outras providências. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8745cons.htm>. Acesso em: 15 de dez. 2013.

_____ **Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997.** Altera dispositivos das Leis nºs 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.460, de 17 de setembro de 1992, e 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19527.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

_____ **Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000.** Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9962.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

_____ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº
381204 RS. Disponível em:
<[http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762956/recurso-
extraordinario-re-381204-rs](http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762956/recurso-extraordinario-re-381204-rs)>. Acesso em: 14 dez. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 35 ed.
São Paulo: Malheiros, 2009.

PRISÃO PREVENTIVA CONVERTIDA E SEU ASPECTO TRIDIMENSIONAL

Gylliard Matos Fantecelle¹

RESUMO

Aborda de forma sistemática a espécie de “prisão preventiva convertida” em face da Lei 12.403/2011 (Lei de Prisões). Esboça o procedimento para conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, identificando os seus pressupostos, requisitos gerais e específicos.

PALAVRAS CHAVES

Direito processual penal. Prisão em Flagrante. Lei nº 12.403/2011. Procedimento. Conversão em prisão preventiva.

ABSTRACT

Systematically addresses the kind of "probation converted" in the face of 12.403/2011 (Law of Prisons). Outlines the procedure for converting from prison on remand in the act, identifying their assumptions, general and specific requirements.

KEYWORDS

Criminal procedural law. Arrest in flagrante. Law No. 12.403/2011. Procedure. Conversion into custody.

¹ Mestre em Direito Eclesiástico pelo ITG. Especialista em Ciências Criminais pelo LFG/UNAMA. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela FADIVALE. Professor titular em Direito Penal e Processual Penal nos Cursos de Direito da DOCTUM e FENORD. Membro do IBCCRIM. Advogado em Teófilo Otoni-MG. e-mail: gmfantecelle@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Veza ou outra, por força de inúmeraa situações ou casos midiáticos, somos indagados porque alguém preso em estado de flagrante ou seja, encontrado praticando ou acabando de praticar a infração penal é colocado em liberdade provisória no Brasil.

Essa pergunta ganha muita repercussão, quando você imagina o infrator assumindo a prática do crime no momento da prisão, ou seja, confessando, por exemplo, que matou ou atropelou a vítima naquele instante, e ainda assim, é colocado em liberdade provisória.

Ainda que com outras palavras, a pergunta é sempre a mesma: **Por que ele não ficou preso? Por que a Justiça colocou um criminoso confesso em liberdade? Por que alguém preso em estado de flagrante não foi mantido preso?**

A resposta para esses e outros questionamentos em torno do tema passa pela análise da “prisão preventiva convertida” e seu aspecto tridimensional como veremos a seguir.

O singelo trabalho não tem o escopo de esgotar o assunto, mas apenas de lançar luzes para uma futura e mais aprofundada pesquisa.

Em respeito aos iniciantes, antes de enfrentarmos a *quaestio vexata*, é preciso esclarecer alguns tópicos envolvendo a prisão em flagrante.

1 PRISÃO EM FLAGRANTE E SEUS ASPECTOS GERAIS

É uma prisão que consiste na restrição da liberdade de alguém, independente de ordem judicial, possuindo natureza cautelar, desde que esse alguém esteja cometendo, tenha acabado de cometer ou seja perseguido (ou mesmo encontrado) em situação (ou na posse de elementos) que faça presumir o cometimento da infração penal (CPP, art.302). É uma forma de autodefesa da sociedade.

A expressão *flagrante* vem da expressão latim “*flagare*”, que significa queimar ou arder (TÁVORA, 2011, p. 549). É quando o crime está acontecendo ou acabou de acontecer. É o crime evidente por si mesmo.

Lembrando que o criminoso precisa ser encontrado em estado de flagrante. Do contrário, poderá se apresentar espontaneamente e não ser preso. Ressalta-se ainda que o presente estudo cuida dos casos onde o flagrante é válido, porém, o indivíduo é colocado em liberdade. Neste aspecto, não podemos confundir uma coisa com a outra.

Por sua vez, a lavratura do APF (auto de prisão em flagrante) é um ato administrativo complexo, pois inicialmente independe de manifestação ou ordem judicial (CAPEZ, 2011, p. 309).

No Brasil, temos várias espécies de prisão em flagrante de delito. Algumas permitidas pela Legislação vigente, outras repudiadas pela Jurisprudência dos Tribunais Pátrios.

A prisão em flagrante pode ser feita tanto na fase do inquérito policial (ou mesmo antes deste) ou durante o processo judicial (Ex. Falso Testemunho-art. 342 do Código Penal). Não se exige mandado judicial. Logo, pode ser feita em qualquer momento, desde que um crime esteja ocorrendo em estado de flagrância (art. 302 do CPP).

Portanto, não há restrições quanto ao momento: pode ser realizada em qualquer dia, horário ou local, inclusive dentro de residência, mesmo sem o consentimento do morador (art.5º, XI, CF/88).

Conforme leciona a doutrina, “Tal fato pode ocorrer inclusive nas situações onde a polícia adentra a residência em perseguição ao criminoso que acabou de praticar a infração penal” (TOURINHO, 2011, p. 664).

Além do aspecto material (ter sido o conduzido encontrado em estado de flagrância) é importante observar o aspecto formal para lavratura do auto de prisão em flagrante, sob pena de relaxamento da prisão manifestamente ilegal (art.5º, LXV, CF/88).

Isto porque, a inversão ou mesmo ausência dos requisitos (material ou formal) pode ensejar a colocação do conduzido em liberdade, o que gera grande dissabor para as autoridades envolvidas e direito de reparação ao conduzido (ou encarcerado) ilegalmente.

Um das dessas exigências legais, por exemplo, é que a prisão do capturado seja comunicada ao Juiz da causa em até 24 horas (art.306 do CPP). Neste mesmo prazo, também deverão ser comunicados o Ministério Público e a Defensoria Pública (salvo quando o capturado tiver advogado particular).

Neste aspecto, a Lei 12.403/2012 trouxe várias inovações procedimentais, estabelecendo uma sistemática própria para lavratura do auto de prisão em flagrante (TÁVORA, 2011, p. 544).

Dentre essas inovações, temos o famoso artigo 310 do CPP (com as alterações da Lei 12.403/2011). Segundo esse artigo, o Juiz por sua vez, ao tomar conhecimento da prisão em flagrante em até 24 (vinte e quatro) horas, pode/deve tomar as seguintes medidas:

A) Relaxar a prisão em flagrante: quando manifestamente ilegal ou irregular o flagrante (art.5º, IXV, CF/88);

B) Conceder liberdade provisória: cumulada ou não com algumas medidas cautelares (inclusive a fiança), se ausentes os requisitos da preventiva (art.321 do CPP e art.5º, LXVI, CF);

C) Converter a prisão em flagrante em prisão preventiva: se presentes os requisitos desta (arts. 310, II e 312 do CPP); (BRASIL).

Para Nestor Távora (2011, p. 544), salvo no caso do relaxamento de ofício da prisão manifestamente ilegal, caso queira colocar o autuado em liberdade provisória ou mesmo converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, deverá o Juiz ouvir antes o Ministério Público (art.282, §3º, do CPP), tendo em vista que o Juiz não pode mais decretar prisão preventiva de ofício na fase de investigação criminal por força do art.311 do CPP; logo, pela mesma razão, ainda segundo o autor, não poderia convertê-la *ex officio*.

2 MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

O grande problema então é que o Juiz somente pode manter o capturado/autuado preso em flagrante, se os “fundamentos” da prisão preventiva estiverem presentes de forma cristalina.

Isto porque, a manutenção da prisão em flagrante só é possível diante da sua conversão – de forma fundamentada - em prisão preventiva autônoma (TOURINHO, 2011, p. 654).

Lembrando que a prisão preventiva somente será decretada se não for possível a sua substituição por uma medida alternativa mais branda (artigos 282, §6º e 319, ambos do CPP).

Em outras palavras, ausentes os fundamentos da prisão preventiva, fica obrigado o Juiz a conceder a Liberdade provisória ao conduzido preso em flagrante, mesmo naqueles casos onde a materialidade e autoria são incontestes (PACELLI, 2011, p. 422). Trata-se de um poder/dever do magistrado, notadamente, porque o capturado/conduzido possui (como regra) direito público subjetivo à liberdade provisória (*Ibidem*, p. 423).

Nesse sentido, é a redação do novo art.310 do CPP:

Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos

constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. (BRASIL, 1941)

Pode-se dizer que a conversão referida já vinha sendo aplicada na prática, ainda que a lei não fosse explícita. Contudo, a Lei 12.403/2011 criou uma série de “fundamentos” para decretação da prisão preventiva, o que em última análise, dificulta a manutenção da prisão em flagrante (bem como sua conversão) e enseja a colocação do preso em liberdade.

É isso que a sociedade de uma forma geral não entende. Alguns inclusive se perguntam: *Como pode alguém ser preso em flagrante e ainda estar solto?*

A verdade é que a prisão em flagrante tornou-se efêmera e por assim dizer limitada ao prazo de 24 horas pelo art.306 do CPP. Se neste prazo o Juiz não converter o flagrante em prisão preventiva, deve soltar o autuado/conduzido mediante liberdade provisória.

Alguns doutrinadores como Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 422) já chamam a prisão em flagrante de “prisão pré-cautelar”, vez que esvaziada em si mesmo quanto aos “fundamentos” para sua manutenção.

3 ESPÉCIE DE PRISÃO PREVENTIVA CONVERTIDA

Diante do exposto, surge aquilo que a doutrina vem chamando de “espécie de prisão preventiva convertida” (GOMES e MARQUES, 2011, p. 32), que na prática equivale à prisão em flagrante convertida em prisão preventiva.

Lembrando que a prisão preventiva convertida é uma medida cautelar como qualquer outra (RANGEL, 2011, p. 250), assim sendo, para sua decretação válida será sempre necessário e indispensável o

periculum libertatis (artigos 282 e 312 do CPP) e *fumus commissi delicti* (artigo 312, parte final, c/c artigos 310 e 313, ambos do CPP).

Vejamos quais são os atuais “fundamentos” trazidos pela Lei 12.403/2011, “que verificados diante do caso concreto, podem ensejar de forma excepcional a manutenção da prisão em flagrante, através da sua conversão em prisão preventiva propriamente dita” (CAPEZ, 2011, p. 324).

4 ASPECTO TRIDIMENSIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA CONVERTIDA

Por seu turno, analisando todos os “fundamentos” postos pela Lei 12.403/2011, podemos dizer que a prisão preventiva tornou-se uma “medida cautelar provisória tridimensional”, condicionada às dimensões de *existência, validade e eficácia*.

Destarte, somente com a verificação de todos os “fundamentos da prisão preventiva” poderá o flagrante ser convertido. Da mesma forma, somente assim o capturado em estado de flagrância poderá ser mantido preso.

Neste diapasão, os *fundamentos* seriam 1) *Os pressupostos (campo da existência)*; 2) *Os requisitos gerais (campo da validade)*; e 3) *Os requisitos específicos (campo da eficácia)*.

Estes fundamentos foram trazidos em vários artigos da Lei 12.403/2011. Percebe-se pela leitura dos mesmos uma “tríade de dimensões”, que condiciona a própria existência da medida cautelar. Vejamos as dimensões e os artigos respectivos:

4.1 OS PRESSUPOSTOS (CAMPO DA EXISTÊNCIA)

Os pressupostos seriam aqueles inerentes à proporcionalidade da medida. Ou seja, deve a prisão cautelar (bem como a conversão do

flagrante) ser necessária, adequada e útil para o deslinde do processo. Tais pressupostos devem constar inclusive da fundamentação posta, seja para negar ou conceder a medida.

Nesse sentido, temos o art.282, I e II, do CPP, in verbis:

As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – Necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. § 6º (Utilidade) A prisão preventiva será determinada quando não for cabível substituição por outra medida cautelar (art.319) (grifo nosso)”. (BRASIL, 1941).

4.2 OS REQUISITOS GERAIS (CAMPO DA VALIDADE);

Os requisitos gerais são aqueles do art.312, do CPP, in verbis:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (periculum in mora), quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (justa causa - JC = fumus boni iures) (grifo nosso). (BRASIL,1941)

4.3 OS REQUISITOS ESPECÍFICOS (CAMPO DA EFICÁCIA).

Finalmente, os requisitos específicos são aqueles do art.313 do CPP, in verbis:

Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV - (revogado). Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL, 1941).

5 DA FÓRMULA GENÉRICA PARA CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA

Como dito alhures, o problema são os excessos de pressupostos e requisitos para conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva propriamente dita.

É nesse peculiar aspecto que a sociedade ou mesmo os familiares da vítima, vez ou outra, não entende os motivos pelo qual alguém capturado em estado de flagrância não fica efetivamente preso.

Por derradeiro, como consuetudinário lógico, alguns podem se perguntar: *Será preciso a presença de todos os “fundamentos” para conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva?*

Certamente que não, conforme já havia se posicionado a jurisprudência pátria (GOMES e MARQUES, 2011, p. 135).

Neste aspecto, sugere-se que os pressupostos, requisitos gerais e específicos sejam aplicados de forma lógica e razoável, atendendo-se à teleologia existente por detrás das normas mencionadas. É preciso imaginar o que o Legislador desejava no momento da criação da norma e o fim precípuo a que se destina (BONFIM, 2011, p. 56).

Desta forma, sopesados os fundamentos elencados, pode-se imaginar uma fórmula genérica que deverá ser aplicada caso a caso pelo operador do direito, no sentido de analisar se o flagrante pode ou não ser convertido em prisão preventiva propriamente dita.

Com base nos artigos mencionados, a fórmula seria a seguinte:
3(P) + JC + 1(RG) + 1(RE) = Prisão Preventiva.

Explicando: a prisão preventiva poderá ser decretada (e o flagrante poderá ser convertido em prisão preventiva) quando todos os 3(três) pressupostos estiverem presentes + ao menos 1 (um) dos requisitos gerais (salvo a Justa Causa que é obrigatória) + ao menos 1(um) dos requisitos específicos.

Sendo atendida a fórmula acima, a prisão em flagrante poderá ser convertida com louvor em prisão preventiva. Do contrário (GOMES e MARQUES, 2011, p. 130), não resta outra saída senão, infelizmente (ou felizmente para alguns), relaxar a prisão em flagrante manifestamente ilegal ou mesmo colocar o capturado em liberdade provisória.

Lembrando que a liberdade provisória poderá ser cumulada com várias outras medidas cautelares alternativas (art.319 do CPP), dentre elas a própria fiança (art.319, VIII, do CPP). Mas este seria um tópico para um estudo em separado, tamanha a riqueza de detalhes.

CONCLUSÃO

A liberdade é a regra; mesmo após a condenação passada em julgado, a prisão eventualmente aplicada não será perpétua, isto é,

será sempre com prazo determinado. Portanto, o que é *provisório* é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos.

Em consequência, toda e qualquer prisão deverá ser devidamente fundamentada pelo Juiz ou Tribunal, pautando-se sempre pela aplicação dos princípios da necessidade, adequação e utilidade, a fim de que, excepcionalmente e provisoriamente, sejam razoáveis e proporcionais para o caso concreto (BONFIM, 2011, p. 30).

Nesta esteira, apesar do novo procedimento para manutenção da prisão em flagrante ser duramente questionado pela sociedade, haja vista o excesso de fundamentos para conversão da prisão em flagrante em preventiva, tem-se que o mesmo ainda é muito bem-vindo.

Isto porque, objetiva resguardar os cidadãos dos eventuais exageros ou mesmo dos despachos genéricos que encerram o conduzido ao cárcere de forma não fundamentada, mesmo possuindo plenas condições de provar a sua inocência em liberdade assistida.

De qualquer forma, é da boa aplicação e fiscalização do novo diploma que dependerá sua eficácia, assim como os aplausos da sociedade organizada e dos operadores jurídicos. Mais do que nunca, é válida a máxima de que a aplicação da Lei é mais importante que sua elaboração.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 de jul. de 2013.

_____. **Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em: 10 de julho de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 145. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 13 de dezembro 1963. Seção 1, p. 82.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.397. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 15 de maio 1964. Seção 1, p. 1255.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do processo penal: comentários à Lei n.12.403/2011**. Saraiva: São Paulo, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio Gomes; MARQUES, Ivan Luiz Marques. **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403/2011**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIOLÊNCIA: UMA BUSCA DE SOLUÇÃO.

Geraldo Barbosa Nascimento¹

RESUMO

Pretende-se mostrar, com o presente trabalho, a necessidade de uma reforma institucional, incluindo aí a da segurança pública, para uma solução, senão definitiva, pelo menos mais duradoura, à questão da violência, mantendo-se sempre a busca ou preservação da garantia dos direitos humanos. O artigo faz uma ligeira incursão na história sobre a violência e procura defini-la à luz das vertentes do conhecimento, além de fazer um levantamento da origem da violência no Brasil até a uma abordagem no mundo de hoje. Enfim, são apresentadas considerações críticas sobre as várias tentativas ideadas para a solução do problema da violência, mostrando até que ponto estamos todos nela envolvidos e comprometidos com a manutenção das causas que alimentam a sua existência e o seu crescimento.

PALAVRA-CHAVE

Violência, Conceito, Causas, Reforma institucional

ABSTRACT

We shall show, to the present work, the need for institutional reform procedures, including public safety, for a solution, if not definitive, at least more lasting, the issue of violence, keeping always the pursuit or preservation of guarantee of human rights. The article makes a slight

¹ Bacharel em Direito (IESI/FENORD), especialista em Direito Público (FADIVALE). Professor do IESI/ FENORD.

foray into the history of violence and seeks to define it in the light of the knowledge dimensions, and to survey the origin of violence in Brazil until an approach in today's world. Finally, considerations are made about the various ideas critical to solving the problem of violence attempts, showing the extent to which we are all involved in it and committed to maintaining the causes that fuel their existence and growth

KEYWORD

Violence, Concept, Causes, Institutional reform

INTRODUÇÃO

A questão da violência não é um tema atual. A vida em sociedade foi sempre marcada pela violência e, neste passo, não se pode esquecer que ela foi até mesmo umas das formas encontradas para a sobrevivência pelos nossos ancestrais, num mundo brutal e hostil. Odália (2011, p. 13), citando o historiador holandês Huizinga, no livro “O Declínio da Idade Média”, fala sobre o teor violento desses tempos.

Por fazer parte da história do homem, aparecendo em todas as camadas sociais, nas suas mais variadas manifestações, o fenômeno da violência suscita inúmeros debates e grande mobilização popular, na medida em que cresce o sentimento de medo e insegurança diante de crimes organizados e outros atos violentos.

Atualmente, o problema da violência é de enorme preocupação não só no Brasil, mas no mundo de modo geral. Por isso mesmo, as discussões que se travam sobre o assunto vão desde o apelo popular para medidas imediatas e mais severas por parte do Estado, até a busca de providência de cunho científico para a solução da violência.

Se é certo que essa visão científica seria a forma mais viável para moderar o problema da violência, também é verdadeira que é essa opção necessita trazer certa garantia para sua própria validade, apresentando um grau de confiabilidade em suas proposições, teorias, conclusões e sugestões. Entretanto, as soluções apressadas, ditadas ao sabor da mídia e de políticos para a solução da violência, fazem com que essa alternativa científica se desacredite, ao não se apresentarem à sociedade as verdadeiras causas da violência.

Dessa forma, o presente estudo faz uma ligeira incursão na história sobre a violência, buscando apresentar os seu conceitos, bem como levantamentos de causas e por fim, traça-se uma reflexão sobre as possíveis soluções e intervenções.

1 A VIOLÊNCIA ATRAVÉS DA HISTÓRIA

Na antiguidade, já se conheciam práticas violentas. A Bíblia narra episódios de cenas violentas, a começar da expulsão de Adão e Eva do paraíso, talvez uma das formas mais dolorosas da violência e que foi a primeira exclusão do homem da fruição dos bens terrenos. O velho Testamento contém narrativas de lutas e guerras pela busca do poder religioso e supremacia sobre povos e nações. O próprio Jesus Cristo foi vítima da violência.

Odália (2011) fala que não há documento melhor, retratando a violência na antiguidade, que a Bíblia, onde se narram cenas incomuns de violência, que vai da simples violência física à violência sutil e maliciosa, do estupro ao fratricídio, do crime passional ao crime político.

Os egípcios recorriam frequentemente à tortura. Era hábito comum atirar o condenado à ferocidade dos crocodilos; o estrangulamento, a decapitação, a fogueira, o embalsamento em vida, a empalação eram frequentes. A mulher adúltera era queimada viva. Há narrativas da existência de porões povoados de cadáveres (GIORDANI, p. 96 *apud* PALMA, 2011, p. 67).

Na antiguidade clássica da Babilônia, o Código de Hamurabi traz a descrição de cenas violentas, quando se refere à lei de talião, aos chamados “ordálios”, que eram uma espécie de prática adivinhatória, tendo por objetivo verificar a inocência ou culpa de uma pessoa. Entre os assírios, o terror era legalizado. A violência era espantosa. Arrancavam os olhos dos vencidos e cortavam-lhes a língua. Cortavam os inimigos em pedacinhos, segundo informa Palma (2011). As penas do Código de Manu eram cruéis e degradantes, o que não é de todo raro no contexto da antiguidade oriental.

Em Roma, havia as decapitações, o enforcamento, a crucifixão, o afogamento, além do circo, onde as pessoas eram jogadas às feras, ou a jogos de gladiadores. Na Grécia, há relatos de duelos sangrentos.

Na Idade Média, a violência fazia parte do homem medieval. Eram comuns os atos violentos. A guerra, o desforço pessoal, o duelo eram permitidos. As mutilações de mãos, outras partes do corpo, fogueiras, mortes publicas eram corriqueiras e faziam parte até dos prazeres da vida. A violência era tolerável entre as várias camadas sociais, já que era leniente ou mesmo inexistia um poder controlador e punitivo sobre tais comportamentos. A sociedade era estática e hierarquizada. De um lado as relações de vassalagem com a suserania; de outro, as relações da nobreza feudal, do clero com os camponeses, servos e artesãos. Em sociedade tais, a violência era

legitimada como forma de afirmação do poder econômico e religioso.

Palco de violência, foram as chamadas “Cruzadas”, movimento de cunho religioso, organizado por convocação do papa Urbano II para reconquistar a cidade sagrada de Jerusalém, ocupada pelos muçulmanos. As batalhas entre católicos e muçulmanos duraram cerca de dois séculos, deixando milhares de mortos e grande rastro de destruição.

Outro marco de violência, digno de destaque, na Idade Média, foram as guerras camponesas ocorridas na França e Inglaterra, combatidas pelos nobres com violência sem limites (IDADE MÉDIA).

A partir do Renascimento, houve um processo civilizador, na verdade iniciado na Idade Média, com o rompimento na estrutura da sociedade medieval, ocorrendo a expansão do poder dos reis, a ascensão da burguesia com o comércio, o aparecimento da classe operaria com a industrialização (SOUZA, 2010), passando os indivíduos a obedecerem a normas de convívio social e conferirem ao Estado o monopólio do exercício da violência. Contudo, essa violência deixou de ser espontânea e irracional para ser centralizada e monopolizada.

2 VIOLÊNCIA – ALGUNS CONCEITOS

Etimologicamente, o termo violência vem do latim “violentia”, derivação do adjetivo “violentus, violenta, violentum”, que significa impetuoso, furioso, arrebatado. Por sua vez, todas essas palavras provêm de dois radicais: viol (tratar com violência, violar) e vis, energia, poder, força. (HOUAISS & VILLAR, 2001).

Esta força torna-se violência quando ultrapassa um limite ou perturba acordos tácitos e regras que ordenam relações, adquirindo carga negativa ou maléfica. É, portanto, a percepção do limite e da perturbação e do sofrimento que provoca que vai caracterizar um ato como violento, percepção esta que varia cultural e historicamente. As sensibilidades mais ou menos aguçadas para o excesso no uso da força corporal ou de um instrumento de força, o conhecimento maior ou menor dos seus efeitos maléficos, seja em termos do sofrimento pessoal ou dos prejuízos à coletividade, dão o sentido e o foco para a ação violenta (ZALUAR, 1999).

Para Marx (2005), a violência tem importância na história como solução problemática da emancipação humana e como fator de libertação de uma nova sociedade. Daí, a celebre frase: “a violência é a parteira de toda velha sociedade que está prenhe de uma nova”. Neste sentido, a violência seria um meio legítimo nas relações entre as nações, além de um elemento constituinte de todas as formas de governo e o Estado um instrumento de violência da classe dominante (ARENDETT, 2001 *apud* SOUZA, 2010).

Na mesma linha de Marx, Engels não tem dúvida quanto ao papel desempenhado pela violência na história, usada como instrumento por meio do qual se faz efetiva a dinâmica social, fazendo saltar aos pedaços as formas políticas fossilizadas e mortas (ENGELS, 1979, p. 161).

Assim, pode-se perceber que a violência, ou as situações de violência, sempre permearam as relações sociais entre os homens, tendo portanto feito parte da história da humanidade.

Robert (1964) *apud* Michaud (1989, p. 119) traz a seguinte definição de violência extraída do dicionário francês:

- a) fato de agir sobre alguém ou de fazê-lo agir contra a sua vontade empregando a força ou a intimidação;
- b) ato através do qual se exerce a violência;
- c) imposição natural para expressão brutal dos sentimentos;
- d) força irresistível de uma coisa;
- e) caráter brutal de uma ação.

Jean-Claude Chesnais (1981), *apud* Belli (2002, p. 232) propõe a seguinte definição:

A violência em sentido estrito, a única violência mensurável e incontestável é a violência física. É o atentado direto, corporal, contra as pessoas; ela se reveste de um triplo caráter: brutal, exterior e doloroso. O que a define é o uso material da força (...)Dito de outro modo, a característica principal da violência é a gravidade do risco que ela faz a vítima correr. São a vida, a saúde, a integridade corporal ou a liberdade individual que estão em jogo. (CHESNAIS, 1981, citado por BELLI, 2002, p. 232).

Zygmunt Bauman *apud* Belli (2002) fala sobre os dramas próprios das sociedades contemporâneas, inseridas na experiência da modernidade líquida, em que tudo é temporário e fluido e grande parte dos indivíduos estão permanentemente confrontados com sua condição de desamparo, insuficiência e vulnerabilidade, sem que o Estado e as demais instituições políticas da própria sociedade ofereçam a atenção devida para os referidos dramas.

A respeito deste discurso sobre a modernidade, Giddens (1991) destaca que o mundo em que nós vivemos hoje está carregado e perigoso, e isto leva ao enfraquecimento da esperança de que a emergência da modernidade nos levaria a uma ordem social feliz e segura.

Do ponto de vista antropológico-filosófico, Hayeck (2009), citando Carbonari, fala que violência

é a fronteira da racionalidade e da destruição, da destituição dos homens da sua dignidade, ou seja, transforma-os em coisas. Além destes termos ela pode ser definida de acordo com os termos sociológicos, em que a lógica excludente do capitalismo e do neoliberalismo considera os cidadãos como clientes e ainda os exclui dessa condição de cidadãos”.(CARBONARI, citado por HAYECK, 2009.)

Entretanto, a ideia de violência (HAYECK, 2009) é um conceito que varia de sociedade para sociedade, mesmo que tenha feito parte de vários processos civilizatórios. Por isso, é arriscado formular um conceito da palavra violência, pois ela pode assumir vários sentidos, de um mero ataque físico momentâneo, uso de força física prolongado, ameaça, ou mesmo um comportamento autoritário do poder público.

3 A VIOLÊNCIA NO BRASIL – BREVES APONTAMENTOS E SUAS CAUSAS.

No Brasil, a violência é um fenômeno histórico, a começar do contexto de seu passado colonial e agrário. A violência escravocrata era natural. Primeiro o índio, depois, o negro (FRANCO, 1978, *apud* HAYECK, 2009). Mesmo entre os indígenas brasileiros, a prática da violência era comum. O aborígine era extremamente vingativo e a retaliação mostrava-se sempre obrigatória, de cunho sagrado.

No período colonial é que se formou a estrutura socioeconômica e política do país e contribuiu para consolidar nossas

elites políticas (ADORNO, 2002, *apud* CADEMARTORI E ROSO, 2012). A sociedade, até então se formando, era completamente desigual, predominando as relações de dominação, em razão de uma classe dominante, representada, de um lado, pelos grandes proprietários de terra, homens livres, colonizadores; e de outro, por escravos, subalternos, colonizados, e povos forçadamente catequizados. Essa relação de dominador e dominado foi o marco para o aparecimento da violência e criminalidade nas terras brasileiras e dominou o país por várias décadas, sendo a marca da fase imperial.

Com o advento da República, houve tão só a substituição do regime monárquico pelo da República Federativa. Mas, permaneceram as relações de dominação e de violência exercidas pelas elites dominantes, em especial pelos coronéis, que perpetuavam o poder econômico e simbólico. Atos profundamente violentos, resultantes da coação de pessoas, repressão, terrorismo, mortes, tiveram a intervenção ou leniência do Estado.

No decorrer do período republicano, as transformações políticas e econômicas propiciaram o nascimento de uma moderna sociedade de classe, com a formação do proletariado urbano, fixando-se sobretudo na região sudeste do país. Exacerba-se a desigualdade social, ao lado da concentração e acumulação de riquezas em mãos de poucos (LEITE JUNIOR, 2009, *apud* CADEMARTORI e ROSO, 2012).

No campo, agravaram-se os conflitos agrários, resultando em violência e chacinas. Ao lado dessa situação, agregaram-se outros fatores que alimentaram a violência do Brasil, tais como a urbanização acelerada, forte apelo ao consumo, falta de planejamento adequado da segurança, desemprego, miséria, fome, droga, injustiça, impunidade, vontade política. E estes mesmos problemas ainda hoje

permanecem no Brasil, apesar do desenvolvimento e melhoria da sociedade brasileira.

4 A VIOLÊNCIA NA ERA MODERNA

Nas últimas décadas, o mundo incluído aí o Brasil passou a viver um enorme processo de modernização, de avanços tecnológicos, de costumes, e conseqüentemente de transformações sociais. E na esteira desse progresso, vieram também as múltiplas práticas de violência, afrontando mesmo o poder estatal, gerando o medo e a insegurança na coletividade, com caráter alarmante, mesmo em países de baixo índice de criminalidade.

E essa violência é generalizada. Alcança os bairros mais sofisticados, os mais pobres, as favelas, o centro, a periferia, encaminhando-se para o meio rural. Atinge, enfim, todas as classes. É recorrente o noticiário de furtos, roubos, extorsão mediante sequestro com assassinato, atentados, lutas de gangues por ponto de tráfico, terrorismo, violência sexual, e outras formas de violência, não se descartando também a violência policial.

Hoje, a paisagem urbana mostra as conseqüências dessa violência. O *modus vivendi* do cidadão demonstra esse seu medo, seja através da arquitetura das construções, seja através de outros meios de defesa. Casas protegidas, grades, muros altos, intimidantes e feios cortando a visão; cercas elétricas; proteção pessoal ou aparato de segurança, como carros blindados e outras formas de proteção. Não há mais o sabor pela vida exterior. As residências não mais trazem o prazer da contemplação de dentro para fora, como de fora para dentro. A arquitetura modificou-se, tornando-se espaço fechado, visando à segurança e a defesa. Os espaços livres dão lugar a guaritas. Os moradores só se comunicam com o mundo exterior por meio de uma parafernália eletrônica.

É verdade que essa ilusória proteção é só da classe privilegiada, pois a mesma coisa não ocorre nos bairros pobres e favelas. Sobreviver aí é sofrer e produzir violência (ODÁLIA, 2011). E como não existe o mecanismo paliativo de defesa ou isolamento, a arma contra a violência é permitir a promiscuidade, como componente normal das relações.

A característica dessa violência hodierna, como fala Chesnais (1981, p. 12) citado por Belli (2002, p. 232), é brutal, exterior e dolorosa. E a preocupação com ela é tamanha que chega a provocar grande clamor popular, visando à busca de medida e solução. Inegável que dessa situação os políticos aproveitam e fazem dela uma bandeira para suas pretensões pessoais.

5 A BUSCA DE SOLUÇÃO

Encontrar solução para a violência é preocupação comum de todos os países. E essa busca de solução agita a sociedade, inflama o clamor popular, agita os discursos políticos, como recorrentemente tem-se visto em países, como França, Brasil, EUA, Itália e outros. A diferença do Brasil é que aqui a insegurança é mais palpável. Pode-se notar que o ponto comum entre esses países, na busca de solução para a violência, é a coincidência crescente da visão de como atacar o problema.

Essa inquietação crescente provocada pela violência e a pressão popular por mais segurança têm influenciado o trabalho dos estudiosos, os chamados técnicos da segurança. Ainda que o tema não seja de caráter exclusivo de especialistas, é deles de quem se devem esperar as propostas de reformas e adaptações necessárias para uma solução mais duradoura em face dessa ameaça à sociedade. Afinal, os trabalhos dos técnicos e especialistas se apresentam com maior peso,

consistência e cunho científico, daí por que são recebidos com mais credibilidade e esperança (BELLI, 2002).

E a busca dessa legitimação científica parece ser uma das condições para a descoberta de soluções duradouras para a insegurança. Mas, essa cientificidade precisa ser acompanhada de uma eficácia, pelo menos simbólica, calcada na experiência diária.

No Brasil essa pretensa cientificidade, garantida e proposta pelos especialistas em segurança, tende a repetir o que já é do senso comum: condenar o indivíduo, tido como bárbaro e pervertido, e absolver subliminarmente a estrutura social que fornece o terreno fértil para a prática do crime. Foca-se o indivíduo e perde-se de vista a sociedade, como se fosse possível compreender o comportamento individual fora do contexto social (BELLI, 2002).

A propósito descreve Belli:

Em uma sociedade de consumidores, em que o individualismo é elevado à enésima potência e as diferenças sociais são naturalizadas, como se fossem produto apenas de escolhas individuais, não sobra tempo para pôr em questão as relações sociais autoritárias que estão na raiz de nossa sociabilidade nada cordial. (BELLI, 2002, p. 233).

Entrementes, a ocorrência de violências brutais, marcantes em crimes inomináveis de alta repercussão, vai-se tornando uma constante, atingindo as altas camadas sociais. Daí, a busca de solução rápida, frenética, tem sido a marca de nosso desespero.

Evidente que essas soluções mágicas não resolvem, porque as verdadeiras causas da violência não são encaradas. No rol das soluções oferecidas, há a omissão, nem sempre intencional – é

verdade – do reconhecimento de que é necessária uma transformação social profunda em todas as esferas do poder.

As medidas oferecidas tendem a reproduzir as relações sociais hierárquicas que prevalecem desde tempos imemoriais, mascarando as verdadeiras causas da violência. No afã de encontrar solução a todo custo, com acesso privilegiado à mídia, técnicos e políticos aparecem com discursos indignados, usando linguagem, cujo fim mais serve ao populismo eleitoral.

A par dessa busca de solução, aparecem as explicações reducionistas, segundo fala Belli (2002, p. 235-236) qual seja, a identificação de causa específica para a violência urbana, como ausência de polícia na rua, pobreza, desigualdade, falta de vontade política. Mas, não é possível identificar causa única no universo heterogêneo dessa violência.

Na verdade, falta de policiamento de rua, pobreza, desigualdade, falta de vontade política são causas da violência, mas todas devem ser vistas englobadas com outros fatores no contexto urbano da sociedade, entre eles, a destruição dos laços comunitários pelo tráfico de drogas, a ausência de canais institucionais para a solução de conflitos, a cultura da valorização de determinados objetos como símbolo de distinção social e poder, a reprodução cotidiana de relações sociais autoritárias entre agentes do Estado e a população alvo de vigilância.

Outra receita frustrada para solução da violência é a importação de ideias sobre gestão da criminalidade. A manifestação dessa tendência seria a aplicação da chamada “tolerância zero”, apelido dado ao programa implantado em Nova York pelo prefeito Rudolph Giuliani.

Na prática, a tolerância zero atira, nas malhas da justiça, criminosos por prática de infrações leves, pressupondo que pequenas

violações constituem a senha para a prática de crimes mais graves no futuro.

Se a medida (tolerância zero) de fato propiciou quedas acentuadas na criminalidade, é forçoso dizer que sua popularidade se afirma paralelamente ao processo de desmonte do Estado de bem-estar social na maioria dos países desenvolvidos. É que se realça o lado repressivo e perdem-se de vista as causas sociais da violência, reproduzindo a estrutura social vigente, como realça Belli (2002, p. 236), avocando o pensamento de Loie Wacquant. Nesse contexto, os indivíduos são sempre os senhores de seus destinos, seres que escolhem livremente seu próprio caminho e são os únicos responsáveis pelo seu sucesso ou fracasso. E como se visse a árvore e deixasse de ver o bosque.

Também, a democratização do acesso aos capitais político, social, econômico e cultural, complementa o sucesso de uma verdadeira reforma, mantendo-se a co-existência de uma cidadania real e uma de segunda classe.

Nesse cardápio de reforma, deve-se incluir ainda o rompimento da visão do mundo que dificulta as mudanças estruturais, vendo a pobreza, a desigualdade, a falta de oportunidade como condições naturais dos indivíduos infortunados

Esse esforço de democratização, segundo Zygmun Bauman, citado por BELLI (2002, p. 234-235) passaria pela reversão da privatização da responsabilidade. É coletiva a responsabilidade pela exclusão de classe e pela produção da violência; e não dos próprios excluídos, que são considerados culpados pelo sistema, por seu malogro, passando a constituir uma ameaça àqueles que estão devidamente inseridos na sociedade de consumo.

Também, a reforma da polícia e de outras instituições do sistema de justiça penal é parte essencial na busca de solução, mas

deve vir no bojo e como suporte de outras ações integradas visando à segurança social. Assim preconizam-se melhores condições de trabalho para agentes e policiais, oferecendo-lhes treinamento adequado, afinal, a sociedade não deseja que a violência criminal seja substituída pela violência policial; modernização de equipamentos; gerenciamento adequado de dados criminais e planejamento estratégico; policiamento preventivo; fortalecimento do Ministério Público; modernização do poder judiciário.

Contudo, é preciso combinar programa de segurança pública com respeito aos direitos humanos. Fora daí, reformas institucionais podem facilitar a superação da insegurança real e percebida, mas dificilmente serão sustentáveis a longo prazo.

E por direitos humanos, entende-se o conjunto de princípios de caráter universal e universalizante, formalizados no contexto do Estado liberal-democrático, tal como ele se desenvolveu no mundo europeu no curso do sec.XIX, que proclama como direitos inalienáveis do homem os direitos à vida e às liberdades, civis e públicas. Sua efetivação requer ação dos governos no sentido de protegê-los contra qualquer espécie de violação ou abuso. Compreendem prioritariamente direitos civis, tais como, espaços livres que todo governo deve garantir ao indivíduo, não interferindo em sua vida privada; o direito à vida, à segurança, à intimidade, à vida familiar, à propriedade privada, à possibilidade de manifestar livremente sua opinião. De praticar uma religião, de reunir-se pacificamente. Em segundo lugar, as liberdades civis implicam a obrigação por parte do Estado de articular suas estruturas de maneira que garantam um mínimo de respeito à pessoa humana, a par da plena justiça em casos de abusos, o direito de não ser submetido a medidas arbitrárias por parte de autoridades estatais, de ter acesso à justiça e de ser processado com equidade.

CONCLUSÃO:

Por mais que se recue no tempo, até onde a história possa registrar, a violência sempre esteve presente na vida do homem, sempre surgindo em suas várias modalidades, seja quanto ao seu modo original, seja quanto à forma institucionalizada, política ou social. E hoje essa violência, em especial a criminal, faz-se cada vez mais acentuada na vida social, a ponto de reclamar uma providência, que permita a convivência social. E a solução, pelo menos de longo prazo, passa por uma verdadeira reforma institucional, ancorada na luta e mobilização pelos direitos humanos, não apenas os civis e os políticos, mas também os econômicos, sociais e culturais, com a participação da maioria da sociedade, principalmente com seus principais representantes. Atacar as causas sociais; pugnar pela eliminação da exclusão e da desigualdade social extrema são condições para criar a esperança do surgimento de uma sociedade menos violenta

BIBLIOGRAFIA

BELLI, Benoni. Violência, Polícia e Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 39 jul/set. 2002.

CADEMARTORI, Ana Carolina; ROSO, Adriane. Violência, criminalidade e relações de dominação: do Brasil colônia ao Brasil contemporâneo. **SER Social**, Brasília, v. 14, n. 31, p. 397-418, jun./dez. 2012. Disponível em: http://seer.bce.unb.br/index.php/SER_Social/article/viewFile/6514/6483. Acesso em: 03 de dez. 2013.

ENGELS, Frederich. **O papel da violência na história**, 1979, p. 161.

HAYECK, Cynara Marques. Refletindo sobre a violência. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, São Leopoldo, v. 1, n. 1, jul. 2009. Disponível em: http://www.rbhcs.com/index_arquivos/Page973.htm. Acesso em: 03 de nov. 2013.

HOUAISS, A., VILLAR, M. S. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IDADE MÉDIA. Acesso em: 03 de Nov. 2013. Disponível em: < <http://www.suapesquisa.com/idademedia/>>.

MORFINO, Vittorio. A Sintaxe da violência entre Hegel e Marx, **Trans/Form/Ação**, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 19-37, 2008. Acesso em: 03 de Nov. 2013. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/trans/v31n2/02.pdf> >.

ODÁLIA, Nilo. **O que é violência**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2011, p. 18.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

SOUZA, Karine Mileibe de. A violência no mundo contemporâneo: a mudança “civilizadora” do comportamento. **Contemporâneos Revista de Artes e Humanidades**, n. 5, nov./abr. 2010. Disponível em: http://www.revistacontemporaneos.com.br/n5/pdf/Art1_VIOLENCIA_MUNDO_CONTEMPORANEO.pdf. Acesso em: 03 de nov. 2013.

VIOLÊNCIA. In **Infopédia** [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2014. Disponível em: www: <URL: [http://www.infopedia.pt/\\$violencia](http://www.infopedia.pt/$violencia)>[Acesso em: 03 de Nov. 2013.]

ZALUAR, Alba. Um debate disperso: violência e crime no Brasil da democratização. **São Paulo Em Perspectiva**, São Paulo, v. 13, n. 3, jul./set. de 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/spp/v13n3/v13n3a01.pdf>. Acesso em: 03 de nov. 2013.