RESUMO

A ciência jurídica não pode e não deve fugir da realidade, qualquer que seja a existência real da pessoa coletiva que aparece como força social. Por ser assim reconhecida, a pessoa jurídica é definida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações e, nesta condição, está apta a figurar como sujeito de relações contratuais ou litigiosas também pelos crimes que *voluntariamente* venha a praticar, eis que é ele, também no que tange à culpabilidade, possuidor de responsabilidade penal.

Palavras-chave: Culpabilidade. Pessoa Jurídica.

ABSTRACT

The legal science cannot and should not escape the reality, whatever the accrual existence of the collective person Who appears as a social force. Being known as it is, the legal entity is defined by law as a subject of rights and obligations and, at this condition, is apt to appear as the subject of litigation or contractual relations. Also, for the crimes they voluntarily come to practice, is regarded the guilt of possessing criminal liability.

Keywords: Culpability. Legal Entity.

* Mestre em Direitos Fundamentais, Procurador de Justiça e Professor Titular do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

Introdução

Do ponto de vista penal, têm-se como elementos fundamentais na determinação da responsabilidade do agente, a culpabilidade, a conduta e a capacidade do agente.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica tem sido, no âmbito do Direito Penal, um dos temas mais controversos porque destoa da dogmática clássica fundada, principalmente, na análise da capacidade penal. As noções de vontade, intenção e dolo, por serem próprias do homem, não se enquadram à estrutura da pessoa jurídica.

Como todo e qualquer trabalho científico, este se presta a enfrentar um problema, responder a uma pergunta: é possível a pessoa jurídica ser sujeito ativo de delito? Ou, mais especificamente, pode-se atribuir ao ente coletivo reprovação pelos crimes que *voluntariamente* venha a praticar, eis que é ele, também no que tange à culpabilidade, possuidor de responsabilidade penal.

Tal indagação surgiu da constatação de que a pessoa jurídica é, sem dúvida, uma das forças motrizes da sociedade moderna e, na medida em que as sanções civis e administrativas têm se mostrado incapazes de evitar que, na busca do lucro fácil, tais entes morais se transformem em verdadeiros criminosos, incontestável o risco que representam para toda a coletividade.

Sobre a culpabilidade da Pessoa Jurídica

A culpabilidade liga o agente à punibilidade, isto é, a pena é ligada ao agente pelo juízo de censurabilidade. O crime existe por si mesmo, mas, para que o crime seja ligado ao agente, é necessária a culpabilidade. Então, é de se observar que “para a existência de um crime, segundo a lei penal brasileira, é suficiente que o sujeito haja praticado um fato típico e antijurídico. Obviamente para a existência do crime, é prescindível a

culpabilidade. (...) Mas o crime só será ligado ao agente se este for culpável”¹.

A lei penal não traz uma definição de crime, deixando a incumbência à doutrina. Esta cogita de conceito material e formal. Num conceito material, crime é uma conduta que se profíbe, com ameaça de pena, porque constitui ofensa a um valor da vida social, ou seja, a um bem jurídico. Sob o aspecto formal, crime é toda ação ou omissão proibida ou ordenada pela lei, sob a ameaça de pena. Passou-se, então, a conceituar crime, sob o prisma analítico, como sendo uma conduta típica, antijurídica e culpável. É a definição dos adeptos da teoria naturalista e de vários seguidores da teoria finalista da ação.

Praticado um fato típico, não se deve concluir que seu autor cometeu um delito, dado que, eventualmente, pode ocorrer uma causa de exclusão da ilicitude. É necessário que, além do fato típico, seja o fato antijurídico, isto é, que não ocorra qualquer causa de exclusão da ilicitude. Não é suficiente, porém, que o fato seja típico e ilícito. Faltou-lhe a culpabilidade, que é o pressuposto da imposição da pena.

Como o direito penal fixa-se sobre o princípio da culpa em sentido estrito, entende-se como culpabilidade, a vontade livre do homem em obedecer ou desobedecer as propostas previstas pela lei penal.

Obviamente, que não se aplicam à pessoa jurídica, ser criado, em última análise no contexto do Direito pelo legislador, por mais que seja uma realidade, a concepção relativa à culpa. Não se pode, por outro lado, a partir da não aplicabilidade do livre arbítrio às pessoas jurídicas, deixar-se envolver pela premissa e argumentar-se que a culpabilidade, fundamentando-se na inteligência e vontade, é conceito que alcança unicamente ao homem, no direito penal.

O mais aconselhável que se tem a fazer, é entender que, “em alguns setores do direito penal, seja possível o abandono da fórmula rígida, livre vontade-culpabilidade,

¹ JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal: Parte Geral**. 23ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999, p. 453-454.

modificando-se o conceito de culpa, sentido lato”².

Um ponto que merece discussão, diz respeito à vontade já reconhecida no momento da ação comparativamente com a atitude da pessoa jurídica no que comporta a culpabilidade: “A noção de responsabilidade individual, lastreada no livre arbítrio, não socorre e não pode servir de fundamento à irresponsabilidade dos entes coletivos. Isto porque o que se deve levar em conta é a concepção única desses entes, ou seja, seus elementos característicos, como o de possuir uma hierarquia, uma estrutura e vontade coletiva distinta que fazem deles uma pessoa real”³.

Em todas as sociedades humanas é suscetível de verificação a convivência de fenômenos que põem em perigo a sua conservação. O comportamento criminoso, enquanto violador de princípio e regras de organização do corpo social, constitui-se em exemplo vivo de um dos tais perigos. Atingido o grau de tolerância admitido, invoca, em seu favor, a atuação do sistema penal, que funciona, portanto, como um esquema de autodefesa. Assim sendo, em tal equação o sistema penal, “mecanismo regulador da autoconservação da coletividade organizada, não violenta as coisas admitir como seu fundamento não apenas a culpabilidade individual, mas também a de organizações menores que vivem e se desenvolvem no seio daquela e que podem constituir-se em fatores de desagregação”⁴.

Analisada a questão por esse ângulo pode-se argumentar que, “a culpa para efeitos de responsabilidade criminal, não é algo que esteja inscrito nas leis da natureza como atributo das pessoas humanas, cientificamente comprovável por juízos de experiência”⁵.

Na realidade, “os sentimentos dos homens se dissolvem no total do sentimento

do grupo, o qual, necessariamente, é diferente dos elementos particulares que o compõem. É um sentimento novo que se forma, peculiar a uma entidade abstrata, e que, muitas vezes, está até em franca hostilidade com o sentimento pessoal de uma das suas células componentes. Verifica-se então que este último, o sentimento pessoal, capaz de provocar ações individuais no indivíduo desligado do grupo, desaparece e cede lugar ao outro, ao sentimento coletivo, que é, também, capaz de provocar ações. Porém, como ambas as ações, a individual e a coletiva, se executam, objetivamente, por meio do homem, acontece que este poderá executar alguma, pela qual não seja responsável individualmente, porque ela é o resultado de uma necessidade coletiva”⁶.

Diante desse pensamento, imaginar-se uma vontade, não no sentido como é ela aplicada ao ser humano resultante de sua existência natural, mas sim num âmbito sociológico, faz-se permitido; uma vez que a empresa tem a sua existência formada no meio social que a legitima, vislumbrando-se aqui, a possibilidade da pessoa jurídica possuir vontade distinta⁷.

Neste sentido, “o ponto de partida dessa perspectiva dicotômica se apoia na natureza qualitativamente distinta da ação da pessoa jurídica que, por razões de clareza, pode ser denominada ‘ação institucional’. (...) Tem-se, dessa forma, um conceito de vontade distinto, que se materializa em uma ‘ação institucional’”⁸.

Deve ser reiterado então, que uma nova visão da culpabilidade deve ser imposta,

⁶ FRANCO, Affonso Arinos de Mello. **Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas**, Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930.p. 53.

⁷ Opondo-se ao reconhecimento de qualquer vontade à pessoa jurídica, Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior, **Direito Penal na Constituição**, p. 143-144, ao exporem: “O Direito Penal é o setor jurídico cuja sanção sempre foi dirigida como reprovação à pessoa, por isso, a tendência cada vez mais acentuada, de ser analisada em suas características de ser humano. A pessoa jurídica precisa ser vista com as particularidades que lhe são próprias. A sua responsabilidade jurídica não pode decorrer como se dotada fosse de vontade”.

⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 95.

² PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Crimes Econômicos e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**, 1ª ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 1997 p. 69.

³ SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 44.

⁴ PASSOS, Paulo Roberto da Silva, **Crimes Econômicos e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**, 1ª ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 1997 p. 72.

⁵ Ibid., mesma página.

“principalmente quando se trate do direito penal secundário, sobrepondo-se o pragmatismo aos preceitos filosóficos”⁹.

Nesse diapasão, e diante do quadro, sem as características exigíveis ao ser humano, parece ter ficado claro que se possa atribuir ao ente coletivo, reprovação pelos crimes que *voluntariamente* venha a praticar, eis que é ele, também no que tange à culpabilidade, possuidor de responsabilidade penal.

Mais claro ficará, esta lógica, com a análise da possibilidade das pessoas jurídicas cometerem ilícitos penais, vez que, dentre os elementos do crime encontram-se o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade.

Como a conduta (ação ou omissão) pode ser definida na atividade humana voluntária e consciente, no mundo exterior, dirigida a uma finalidade, pertinente trazer o pensamento de Luís Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior¹⁰, segundo os quais, o direito penal brasileiro considera que a infração criminal (crime ou contravenção) só pode ser atribuída ao homem, já que as pessoas jurídicas não cometem ilícitos penais.

Há tempo discute-se a dogmática criminal, para adequá-la aos novos valores sociais cabendo ser demonstrado exatamente o contrário, ou seja, que as pessoas jurídicas possuem vontade como possuem as físicas, sendo aptas a realizar idênticos atos, criminosos ou não.

Importante que fique claro que a prática de atos ilícitos por uma pessoa jurídica não se confunde com o concurso de pessoas, onde vários indivíduos, agindo de comum acordo, praticam uma mesma infração. No agir do ente coletivo, a prática do delito advém do desejo do grupo e não do desejo individual de apenas um de seus integrantes. Uma vez independente da vontade de cada um dos indivíduos que compõem a pessoa jurídica, torna-se possível a prática do delito pelo grupamento.

A vontade da pessoa jurídica emana de seus órgãos de representação que são, em verdade, compostos por seres humanos que

contribuem para a constituição da vontade coletiva, não impedindo a imputação do grupamento. Então, como condição exigida para a imputação de uma pessoa jurídica surge que a infração criminal deve ser cometida pela vontade deliberada por seus órgãos¹¹ sociais ou representantes, desde que as pessoas que integram os órgãos estejam encarregadas de exprimir a vontade coletiva desses órgãos.

O entendimento contrário proporcionaria aos entes coletivos o recurso à fraude e a consagração, por consequência, da irresponsabilidade criminal.

Pelo até agora exposto, observa-se que as pessoas jurídicas possuem capacidade de conduta, o que permite ser afirmado que à vontade de ação ou vontade de conduta não é um fenômeno exclusivamente inerente aos seres humanos, mas plenamente aplicável aos entes coletivos, superada o conceito de que só o homem pode ser sujeito ativo da infração penal.

Por fim, verifica-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é puramente subjetiva, não se fundamentando a assertiva daqueles contrários à referida responsabilidade, de que não se pode falar em imputação penal dos grupamentos, tratando-se de responsabilidade objetiva. A responsabilidade assumindo o caráter subjetivo, como se observou, perfeitamente sustentável, considera a possibilidade de uma ação ou omissão praticada com consciência por uma pessoa jurídica, atuação essa, fruto da vontade coletiva, que visa o benefício ou interesse do grupamento.

Com exceção da dogmática penal, sendo realidades jurídicas, criminológicas, sociais e econômicas, as pessoas jurídicas efetivamente são capazes de conduta, fato não negado pelos demais ramos do direito¹².

Como existe a interpretação de que a pessoa jurídica tem capacidade no mesmo patamar que a pessoa física, parte da doutrina não concebe o crime fora do homem, uma vez

⁹ PASSOS, Paulo Roberto da Silva, **Crimes Econômicos e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**, p. 1ª ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 1997 p. 74.

¹⁰ **Direito Penal na Constituição**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 94-97.

¹¹ Por órgão entende-se uma pessoa física, como presidente, diretor-geral ou gerente, ou então um grupo de pessoas, como o conselho de administração, conselho fiscal e assembleia geral, e até uma outra sociedade.

¹² SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 79-90.

que só ele possui a faculdade de querer, e como as pessoas jurídicas só podem praticar atos através de seus representantes, para sustentar sua capacidade penal, dever-se-ia reconhecer consciência e vontade com referência ao ente representado. Contudo, já restou comprovado o inverso, e como bem conclui Damásio E. de Jesus, é invencível a tendência pelo reconhecimento da incriminação da pessoa jurídica “como mais uma forma de reprimir a criminalidade”¹³.

Neste ponto cabe até trazer a lição sempre atual do civilista Orlando Gomes, para quem, “atribuída personalidade ao grupo para que possa exercer a atividade jurídica como uma unidade, tal como se fosse uma pessoa natural, implica isso em conferir-lhe da mesma forma que à pessoa natural, capacidade jurídica, ou seja, condição para ser titular de direitos subjetivos e deveres jurídicos, ou de outra forma, a idoneidade para ser sujeito de relações jurídicas”¹⁴.

Além das respostas encontradas nos itens anteriores, importante afirmar, corroborando com a ideia da vontade própria da pessoa jurídica, através de texto longo, mas que tem o seu valor, que a questão está

intimamente relacionada com a solução de dois outros problemas de regime das pessoas colectivas: o problema da natureza do verso de ligação entre a pessoa colectiva e os seus órgãos, ou as pessoas singulares que como tal actuam; e o problema da responsabilidade das pessoas colectivas. Com efeito, se entendermos que o nexo que une a pessoa colectiva àqueles que por ela actuam é um nexo de representação legal ou necessária, teremos de concluir que a pessoa colectiva em si é uma entidade que não pode agir pessoalmente, só através de representantes e, portanto, é incapaz. Mas pode entender-se que os órgãos não são representantes da pessoa colectiva, fazem parte dela, tal como a boca e os braços não representam o ser humano, pessoa singular, mas são o ser humano. Então concebemos a

ligação entre órgãos da pessoa colectiva e esta como um nexo de organicidade ou de integração.¹⁵

Demonstrado que a vontade da pessoa colectiva que anima o órgão que a representa, e nasce de seu corpo legal e nele é reconhecida, contribui para a plena capacidade de exercício da pessoa jurídica, a qual, colocada no campo do Direito Civil, é responsabilizada civilmente por seus atos.

A partir daí, não se pode vislumbrar outra solução a ser dada que o não reconhecimento da capacidade da pessoa jurídica também no âmbito penal, não se tratando de mero uso da analogia, para, com base em conceitos que aproveitam só ao direito privado, impor-se elasticidade ao Direito Penal. O conceito de pessoa jurídica solidificou-se nos corpos de leis, abrigou-se no interior das mais diversas legislações, valendo então, para o direito como um todo, aproveitando a todos os ramos do Direito¹⁶.

Assim é que, ao valer-se das elaborações de direito privado, longe de alargar o campo penal, cuida-se de adaptar a pessoa jurídica possível autora de tantos atos de desvalor, à realidade de hoje, sempre se tendo em conta a proteção do bem jurídico supraindividual.

Não se pode esquecer que o poder econômico da pessoa jurídica muitas vezes tem permitido que fiquem à margem das normas legais, pelo estabelecimento de princípios defasados, não sendo jamais intimidados com a punição de um preposto ou de um eventual responsável.

Torna-se, pois, imperioso seu enquadramento como sujeitos ativos dos delitos que atentam contra bens jurídicos

¹⁵ MENDES, João de Castro. **Teoria Geral do Direito Civil**. Lisboa: Ed. AAFDL, 1.978, vol. 1, p. 223-224, *apud* PASSOS, Paulo Roberto da Silva, **Crimes Econômicos e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**, p. 54.

¹⁶ “Os pressupostos da responsabilidade das pessoas jurídicas no âmbito do direito penal não são substancialmente distintos daqueles do direito civil ou outros ramos do direito público. Quem pode contratar, também pode, por outro lado firmar contratos fraudulentos ou não cumpri-los”. Por Von Liszt, **Tratado de Derecho Penal**. Madri: [s.e.], 1.916, Tomo II, p. 287, *apud* PASSOS, Paulo Roberto da Silva, **Crimes Econômicos e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**, p. 64.

¹³ **Direito Penal**: Parte Geral. 23ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999, p. 167-168.

¹⁴ **Introdução ao Direito Civil**, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 382.

coletivos, como o meio ambiente, consumidores, em economia, sistema financeiro nacional etc., visando dar maior eficácia ao direito criminal.

Conclusão

A imunidade atual das pessoas morais é tanto mais chocante quanto elas estão frequentemente, pela amplitude dos meios que disponibilizam, na origem de atentados graves à saúde pública, ao ambiente, à ordem econômica ou à legislação social. A decisão que está na origem do crime é tomada pelos próprios órgãos sociais, que determinam a política industrial, comercial ou social da empresa.

Diante da força social que representam, é cada vez mais difundida a possibilidade da pessoa jurídica praticar crimes, sendo ela

dotada de vontade social e consciência coletiva, podendo então, praticar ilícitos.

Um movimento internacional para a responsabilização das pessoas jurídicas vem marcando a história recente da responsabilidade penal coletiva. Nos principais congressos internacionais realizados no século passado, discutiu-se o assunto sob vários aspectos (criminalidade econômica, ecológica, crimes contra o consumidor, etc.), quase sempre concluindo pela admissão da imposição de penas aos entes coletivos.

A Constituição Brasileira, de maneira expressa, acolheu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, para os casos de lesão ao meio ambiente, contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Apenas em relação ao meio ambiente, houve regulamentação infraconstitucional que se deu pela edição da Lei n. 9.605/1998.

REFERÊNCIAS

- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FRANCO, Affonso Arinos de Mello. **Responsabilidade Criminal das Pessoas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 23ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, v. 1. 1999.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Crimes Econômicos e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. 1ª ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 1997.
- SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A Responsabilidade das Pessoas Jurídicas e os Delitos Ambientais**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ed. especial. São Paulo: IBCCrim, nº 65: 3, ano 6, abr. 1998.

RESUMO

A prática da tortura é expressamente vedada pelo direito constitucional brasileiro, além de também ser proibida pelo direito internacional. No entanto, a proibição constitucional da tortura não é suficiente para impedir sua prática no país. Todos os dias, diversos brasileiros são torturados nos cárceres do país, sem qualquer observância à norma constitucional. A análise histórica do tratamento constitucional da tortura busca verificar a importância dada pelo legislador ao tema, visando então encontrar soluções adequadas para coibir sua prática.

Palavras-chave: Tortura. Maus-tratos. Análise Histórica. Direito Constitucional. Direito Internacional.

ABSTRACT

The practice of torture is explicitly prohibited not only by the Brazilian constitutional law but also by the international law. The constitutional prohibition of torture, however, is not sufficient to prevent its practice in the country. Every day, many Brazilians are tortured in the prisons of the country, without any respect to the constitutional rule. The historical analysis of the constitutional treatment of torture aims to verify the importance given by the legislator to such matter, seeking to find adequate solutions to restrain its practice.

Keywords: Torture. Maltreatment. Historical Analysis. Constitutional Law. International Law.

* ANA PAULA VARGAS RODRIGUES é bacharel em Tradutor e Intérprete, estudante do 5º semestre/2012 do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, tendo participado do Seminário Internacional: *Capacitação da Defensoria Pública para o Enfrentamento da Tortura*, realizado em São Paulo, em março de 2012. Fala inglês fluente, espanhol intermediário e russo básico. E-mail: anap.vr86@gmail.com.

** MARCO ANTONIO BASSO (Professor orientador) é Professor do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU; Mestre em Direitos Humanos pelo UNIFIEO e Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública; Doutorando em Direito pela PUC/SP; Especialista em Criminologia, Didática do Ensino Superior e Direitos Humanos; Capitão do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo; Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie e em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia da Polícia Militar do Barro Branco. E-mail: mabasso@ajato.com.br.

“Ninguém será submetido à tortura ou tratamento desumano ou degradante” (Constituição Federal, artigo 5º, inciso III).

Introdução

A tortura e outros tratamentos desumanos ou degradantes são expressamente proibidos pelo direito constitucional brasileiro e pelo direito internacional. Diversas são as convenções e tratados internacionais a respeito do tema, destacando-se a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes da Organização das Nações Unidas (ONU). De tão relevante para a sociedade internacional, a garantia da proibição da tortura adquiriu o status de norma “*jus cogens*” no Direito Internacional e nas palavras de Foley¹

a proibição da tortura ocupa uma posição especial no Direito Internacional, o de *jus cogens*, que é uma “norma imperativa” do Direito Internacional Geral. O Direito Internacional Geral vincula todos os Estados, mesmo aqueles que não tenham ratificado um tratado em particular. Os preceitos do *jus cogens* não podem ser contrariados por tratados ou outros preceitos do Direito Internacional.

A Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inciso III, expressamente proíbe a tortura e outros tratamentos desumanos ou cruéis, além de definir no inciso XLIII do mesmo artigo a tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. A Lei 9455/97, promulgada aos 07 de abril de 1997, regulamentou e definiu o crime de tortura, sem especificar ou regulamentar os crimes de tratamentos desumanos ou degradantes. Os maus tratos estão previstos no artigo 136, do

Código Penal², que prevê pena de detenção, de 1 mês a um ano³.

É de notório conhecimento da sociedade que a tortura, apesar de vedada, ocorre diariamente nos cárceres do Brasil⁴, sem qualquer respeito aos direitos constitucionais garantidos aos presos. O ilustre doutrinador constitucional José Afonso da Silva brilhantemente afirma que “a crueldade se torna incomensurável quando praticada sobre a égide de sistemas constitucionais que a condenam tanto quanto a consciência humana⁵”.

O combate à tortura, posto que tal prática pode ser considerada uma das mais graves violações dos direitos humanos, equivale à defesa do próprio Estado Democrático de Direito, pois não há Democracia nem Direito em um Estado que permite a prática de tortura, razão esta pela qual o presente tema tem tamanha relevância no âmbito do Direito Constitucional.

O presente artigo tem por objetivo analisar o tratamento constitucional brasileiro da tortura e outros tratamentos desumanos ou degradantes, analisando o tratamento da tortura ao longo das constituições históricas e comparando a legislação pátria atual à legislação internacional a respeito do tema.

2 MACHADO, Costa (org.). **Código Penal Interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Barueri: Manole, 2012, p. 205.

3 Maus-tratos

Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:
Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

§ 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

⁴ COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório Sobre Tortura no Brasil**. Brasília: [s.n.], 2005. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf>. Acesso em: 01 mai 2012.

⁵ SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 205.

¹ FOLEY, Conor. **Protegendo os Brasileiros Contra a Tortura**: Um manual para juízes, promotores, defensores públicos e advogados. Brasília: International Bar Association’s Human Rights Institute / Ministério das Relações Exteriores Britânico e Embaixada Britânica no Brasil, 2011, p. 20.

1. As diferentes definições de tortura

Primeiramente, deve-se explicar o conceito de tortura, de acordo com as diversas posições doutrinárias a respeito do tema.

A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes da Organização das Nações Unidas de 1984 (CAT) prevê um conceito de tortura que, apesar de correntes doutrinárias divergentes, é considerado aceito internacionalmente. A CAT⁶ diz, em seu artigo 1º que

Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de Ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

Foley⁷ identifica em sua obra três elementos essenciais para definir tortura, de acordo com a CAT. São eles: a imposição de severo sofrimento ou dor física ou mental; por ou com o consentimento ou aquiescência de autoridades do Estado; para propósitos específicos, tais como obter informações, intimidar ou punir.

O ponto de maior divergência doutrinária diz respeito ao requisito do consentimento ou aquiescência do Estado. O Brasil diverge deste entendimento, ilustrando sua definição de tortura no artigo 1º da Lei 9455/97⁸, da seguinte forma:

Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las,

⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.** Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degradant.htm>>. Acesso em: 10 de Abril 2012.

⁷ FOLEY, Conor. **Protegendo os Brasileiros Contra a Tortura:** Um manual para juízes, promotores, defensores públicos e advogados. Brasília: International Bar Association's Human Rights Institute / Ministério das Relações Exteriores Britânico e Embaixada Britânica no Brasil, 2011, p. 27.

⁸ BRASIL. **Lei 9.455**, de 07 de abril de 1997. Define o crime de tortura e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 09 abril 2012.

incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

~~II - se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;~~

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

III - se o crime é cometido mediante seqüestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Portanto, sob a ótica da lei brasileira, particulares também podem cometer o crime de tortura, não sendo requisito para sua caracterização o consentimento ou aquiescência do Estado. O legislador brasileiro reconheceu a maior gravidade da tortura praticada por agente estatal no parágrafo 4º do artigo supramencionado ao agravar a pena de um sexto até um terço quando a tortura é praticada por agente público.

No entendimento do doutrinador José Afonso da Silva⁹, a tortura

trata-se de um conjunto de procedimentos destinados a forçar, com todos os tipos de coerção física e moral, a vontade de um imputado ou de outro sujeito, para admitir, mediante confissão ou depoimento, assim extorquidos, a verdade da acusação.

⁹ SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 203.

O conceito brasileiro de definição de tortura vai ao encontro à afirmação do Comitê de Direitos Humanos (CDH) de que não há exigência no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de envolvimento ou aquiescência do Estado para a caracterização do crime de tortura¹⁰.

O Direito Internacional Humanitário (DIH) também adota tal entendimento. Para o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, a definição de tortura no DIH “*não requer a participação de uma pessoa no exercício de funções públicas para que um ato destinado a infligir dores ou sofrimentos graves seja definido como tortura*”¹¹.

2. Diferença entre tortura e tratamento desumano ou degradante

Há uma linha tênue separando a tortura e o tratamento desumano ou degradante. A Lei 9455/97 define apenas a tortura, sem caracterizar o tratamento desumano ou degradante. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC)¹², na Apelação Criminal 2006.043117-9, distinguiu tortura de maus tratos de acordo com o propósito do agente:

PENAL E PROCESSUAL - TORTURA - CONFIGURAÇÃO - DISTINÇÃO DE MAUS TRATOS - CASTIGO PESSOAL IMPOSTO COM O PROPÓSITO DE CAUSAR DOR E FAZER SOFRER - DELITO COMPROVADO PELA PRÓPRIA JUSTIFICATIVA DO AGENTE E PELA NATUREZA E

¹⁰ FOLEY, Conor. **Protegendo os Brasileiros Contra a Tortura**: Um manual para juízes, promotores, defensores públicos e advogados. Brasília: International Bar Association's Human Rights Institute / Ministério das Relações Exteriores Britânico e Embaixada Britânica no Brasil, 2011, p. 27.

¹¹ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **O que se entende por tortura e maus tratos**. Disponível em:

<<http://www.icrc.org/por/resources/documents/faq/faq-tortura-maus-tratos-1.htm>>. Acesso em: 10 abril 2012.

¹² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 2006.043117-9. Rel. Des. Amaral e Silva, 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6526935/apelacao-criminal-apr-431179-sc-2006043117-9-tjsc/inteiro-teor>>. Acesso em: 30 abril 2012.

LOCALIZAÇÃO DAS LESÕES - RECURSO DESPROVIDO.

O que distingue os maus tratos da tortura é principalmente o propósito do agente. Nos maus tratos o objetivo é a simples correção ou a disciplina. Na tortura é o castigo pessoal ou a medida de caráter preventivo. O intenso sofrimento da vítima, físico ou mental, caracteriza tortura quando imposto como castigo pessoal. Hipótese de lesões causadas por padrasto em enteado com apenas dois anos e seis meses de idade.

A doutrina internacional tem se posicionado no sentido de que não é necessário fazer distinções rígidas entre tortura e outros maus tratos.¹³ A Corte Europeia de Direitos Humanos já se pronunciou afirmando que atos que foram classificados no passado como maus tratos ao invés de tortura podem ser classificados de forma diferente no futuro.¹⁴

Foley¹⁵ afirma que

Tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes podem ser definidos como maus tratos que ficam aquém da tortura, ou porque não foram infligidos para um propósito específico ou porque causaram dor ou sofrimento aquém da tortura. Tal tipo de tratamento normalmente envolve humilhação e degradação da vítima e não existe, necessariamente, a intenção de expor alguém a esse tratamento.

Para o Comitê Internacional da Cruz Vermelha¹⁶, a diferença entre torturas e outras formas de maus tratos se encontra no grau de

gravidade da dor e do sofrimento causado. Ademais, a tortura requisita um propósito concreto, como por exemplo, a obtenção de informações ou até mesmo confissão.

3. O tratamento constitucional da tortura

Apesar da prática da tortura fazer parte da história do Brasil, sendo aplicada em maior ou menor grau devido ao momento histórico pelo qual o país passava, constitucionalmente ela sempre foi vedada, garantindo, pelo menos em tese, a integridade física de todos os brasileiros e estrangeiros que se encontravam em território nacional, excluindo os escravos durante o Império. Cada Constituição tratou a tortura a seu modo, ora proibindo-a expressamente, ora implicitamente, o que será analisado em maior profundidade a seguir.

3.1 Constituição de 1824

A Constituição do Império¹⁷ proibiu não apenas a tortura, mas também os açoites, as marcas de ferro quente e todas as demais penas cruéis em seu artigo 179, inciso XIX, incluindo tais dispositivos no Título 8 “Das Disposições Geraes e Garantias dos Direitos Civis e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”, reconhecendo assim a vedação da tortura e penas cruéis como garantia dos direitos dos cidadãos brasileiros. Nota-se que a distinção entre tortura e tratamento degradante, discutida anteriormente, já era presente em 1824, posto que o referido artigo menciona a tortura e outras penas cruéis, claramente reconhecendo a existência de diferença entre os dois termos. No caput do artigo supramencionado, estava garantida a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por base a segurança individual, entre outras.

Não obstante, a Constituição também garantia a segurança e limpeza das cadeias, que deveriam ser bem arejadas e separar os réus de acordo com a natureza e circunstâncias de seus crimes.

Podemos notar uma preocupação constitucional em garantir os direitos

¹³ FOLEY, Conor. **Protegendo os Brasileiros Contra a Tortura**: Um manual para juízes, promotores, defensores públicos e advogados. Brasília: International Bar Association's Human Rights Institute / Ministério das Relações Exteriores Britânico e Embaixada Britânica no Brasil, 2011, p. 27.

¹⁴ Ibidem, p. 28.

¹⁵ Ibidem, p. 27.

¹⁶ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **O que se entende por tortura e maus tratos**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/faq/faq-tortura-maus-tratos-1.htm>>. Acesso em: 10 abril 2012.

¹⁷ BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 25 abril 2012.

fundamentais do homem de não ser torturado e de ser preso em um local adequado.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

[...]

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

[...]

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para ...

No entanto, a proteção contra a tortura e penas cruéis do referido artigo não era absoluta. No tocante aos escravos, Maia¹⁸ observa que o Código Penal de 1830, em seu artigo 60, previa as penas cruéis, de açoite e marcas de ferros aos escravos, limitando os açoites a não mais que cinquenta por dia¹⁹. Em suas palavras, “a Constituição Imperial, como se vê, se aplicava aos cidadãos do império. E os escravos não eram gente, não eram humanos. Eram coisa. Mercadoria”²⁰.

Brandão Neto²¹ afirma que posteriormente a Circular nº 365 de 10 de junho de 1861 declarou que o número de açoites poderia ser elevado a duzentos, sem

¹⁸ MAIA, Luciano Mariz. **Tortura no Brasil: a banalidade do mal**. In: Seminário Nacional A Eficácia da Lei da Tortura, 2000, Brasília. Disponível em: <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/latina/maia.htm>>. Acesso: 28 abril 2012.

¹⁹ *Se o réu for escravo, e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés, será condenado na de açoites e, depois de os sofrer, será entregue ao seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz o designar. O número de açoites será fixado na sentença e o escravo não poderá levar por dia mais de cinquenta.*

²⁰ MAIA, Luciano Mariz. **Tortura no Brasil: a banalidade do mal**. In: Seminário Nacional A Eficácia da Lei da Tortura, 2000, Brasília. Disponível em: <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/latina/maia.htm>>. Acesso: 28 abril 2012.

²¹ BRANDÃO NETO, João Marques. **Escravidão e Juristas**. Disponível em: <<http://brasocentrico.blogspot.com.br/2009/09/escravidao-e-juristas.html>>. Acesso em: 18 abril 2012.

perigo de vida ao escravo. Na mesma obra, afirma constar do Aviso nº 388 de 21 de dezembro de 1855 o raciocínio jurídico que considerava os escravos como bens, sujeitos ao direito de propriedade, considerado absoluto pela Constituição Imperial, sendo, portanto, excluídos da proteção contra tortura e penas cruéis, prevista no artigo 179.

Conclui-se que, durante o período de vigência da Constituição de 1824, a tortura, apesar de proibida constitucionalmente, era válida aos escravos, por serem considerados bens e não pessoas. Nesse contexto de entendimento constitucional acerca dos escravos, deve-se louvar a crítica feita pelo Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Capital do Pará, Dr. Francisco José Furtado, que protestava contra o fato do escravo ser considerado coisa e não pessoa.²²

3.2 Constituição de 1891

A Constituição de 1891²³ assegurava na Seção II – Declaração de Direitos, no artigo 72 a todos os brasileiros e estrangeiros residentes em solo nacional a segurança individual, que por si só, se mostra contrária à prática de tortura. Com o advento da Lei Áurea, que aboliu a escravidão em 1888, a Constituição passou a garantir a igualdade de todos perante a lei, o que vedaria distinções sobre a validade da tortura dependendo da qualidade da pessoa torturada.

Ela também aboliu a pena de galés, de banimento judicial e a pena de morte, garantindo assim, ao menos na Carta Magna, a integridade física de todos aqueles que se encontrassem em solo nacional. Paulo Hamilton Siqueira Júnior²⁴ observa em sua obra que a Constituição de 1891 foi a primeira a mencionar o instituto do *habeas corpus* no texto constitucional.

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros

²² Ibidem. Acesso em: 18 abril 2012.

²³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 15 abril 2012.

²⁴ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 289-290.

residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º - Todos são iguais perante a lei.

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

§ 20 - Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial.

§ 21 - Fica, igualmente, abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.

§ 22 - Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

Maia²⁵ atenta para o fato de o Novo Código Penal ter abolido as penas corporais antigas, substituindo-as por perdas de liberdade, em lugares que além de punir, deveriam curar e reabilitar os presos.

No entanto, diferentemente da Constituição Imperial, a Constituição de 1891 não proíbe expressamente a tortura nem outras penas cruéis, apesar de serem incompatíveis com a segurança individual e abolição de penas de banimento e galés previstas na Constituição. A Carta Magna de 1891 não previu expressamente a necessidade de cadeias seguras e arejadas aos presos.

3.3 Constituição de 1934

A Constituição de 1934²⁶ também garantia, assim como as constituições precedentes, a segurança individual, que como dito anteriormente, é incompatível com a prática de tortura. Em uma redação semelhante

²⁵ MAIA, Luciano Mariz. **Tortura no Brasil: a banalidade do mal**. In: Seminário Nacional A Eficácia da Lei da Tortura, 2000, Brasília. Disponível em: <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/latina/maia.htm>>. Acesso: 28 abril 2012.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 abril 2012.

às Constituições anteriores, a Carta Magna de 1934 proíbe a pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvando as disposições da legislação militar em tempos de guerra.

É também a primeira vez na história constitucional brasileira que há um capítulo denominado Dos Direitos e Garantias Individuais, onde se encontram as disposições supramencionadas, elevando, assim, o direito à integridade física ao patamar de Direito e Garantia Individual.

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

23) Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o *habeas corpus*.

29) Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.

Assim como a Constituição de 1891, a Carta Magna de 1934 não proibiu expressamente a prática de tortura e penas cruéis, apesar de serem incompatíveis com os bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

3.4 Constituição de 1937

A Constituição de 1937²⁷ também garantiu a segurança individual, incluindo-a entre os Direitos e Garantias Individuais, tal como a Constituição de 1934. Proibiu as penas perpétuas, mas previu a pena de morte nos

²⁷ Ibidem.

caos previstos na legislação militar e para os crimes contra o estado e sua soberania e crime de homicídio cometido por motivos fúteis e com extremos de perversidade.

Art 122 – A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

13) não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes:

a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;

b) tentar, com auxílio ou subsidio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;

c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;

d) tentar, com auxílio ou subsidio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;

e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;

f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade;

No entanto, não há um dispositivo que expressamente proíba a tortura ou penas cruéis. No entanto, é possível concluir sua proibição implícita, por serem incompatíveis com os direitos garantidos pela Carta Magna.

3.5 Constituição de 1946

Também sob o Capítulo referente aos Direitos e Garantias Individuais, a

Constituição de 1946²⁸ continua a assegurar a segurança individual e passa a banir as pena de morte, além das de banimento, confisco e caráter perpétuo.

Art 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 31 – Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica,

Não há no texto constitucional previsão expressa da tortura ou penas cruéis, apesar da análise sistemática dos dispositivos constitucionais concluírem a sua vedação, por serem incompatíveis com as normas previstas na Constituição

3.6 Constituição de 1967

Pode-se afirmar que durante a vigência da Constituição de 1967²⁹, período sob o qual o Brasil esteve sob o jugo da Ditadura Militar, a tortura passou a ser amplamente institucionalizada como forma de obter confissão e depoimentos dos presos políticos. No entanto, a segurança individual, completamente contrária ao instituto da tortura, era garantida constitucionalmente, não podendo a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Foi também a primeira Constituição a garantir ao preso a individualização da pena. Nota-se que a Constituição também impôs

²⁸ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 15 abril 2012.

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 abril 2012.

expressamente que a autoridade deveria respeitar a integridade física e moral dos presos.

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

~~§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 14, de 1969)~~

§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.

§ 13 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. A lei regulará a individualização da pena.

§ 14 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

Portanto, os crimes hediondos de tortura cometidos durante a ditadura militar, como se observa na análise acima, eram expressamente proibidos pela Constituição vigente, provando que não basta apenas o texto constitucional garantir a integridade física dos presos se não houver uma efetiva fiscalização e punição da

autoridade torturadora. A lição aprendida deste período negro da história brasileira é que apenas a proibição constitucional não é bastante para coibir o crime de tortura na sociedade brasileira.

3.7 Constituição de 1988

A Constituição de 1988, no Capítulo destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais voltou a proibir expressamente a tortura, assim como outras formas de tratamento desumano ou degradante³⁰, o que não acontecia desde a Constituição de 1824. Conforme observa Basso³¹,

O avanço legislativo somente perdurou até a promulgação da Constituição de 1891, que não fez qualquer menção à vedação dos atos de tortura. Essa prática foi seguida nas demais Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969. Somente com a redemocratização e a promulgação da Constituição-cidadã de 1988, ocorreu nova previsão na norma constitucional com a finalidade de consagrar no título II, capítulo I, artigo 5º, inciso III, como direito fundamental de todo cidadão brasileiro ou dos demais que estejam em solo brasileiro, a dignidade humana com a abolição total e irrestrita das práticas de tortura.

A Carta Magna considerou o crime de tortura como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, além de também garantir a integridade física dos presos.

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

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abril 2012.

³¹ BASSO, Marco Antonio. **Tortura: evolução histórica, jurídica e social**. A tutela do direito fundamental e a dignidade humana. 1. Ed. São Paulo: Scortecci Editora, 2007. p. 186.

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 (...)

 III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
 (...)

 XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
 (...)

 XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

A Lei 9455/97 regulamentou e definiu o crime de tortura divergindo em alguns pontos da CAT, a serem analisados no item 3.7.1 do presente artigo. Antes da referida lei, outras normas já haviam tipificado o crime de tortura³². A Lei 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, regulamentou o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, porém não definiu o que era tortura. Similarmente, a Lei 8.069 de 15 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) criminalizou a tortura, também sem fornecer sua definição, o que causou discrepância na doutrina. Conforme observa Basso³³, parte da doutrina considerou a norma incriminadora de plena eficácia, sendo complementada por outras normas legais, inclusive tratados internacionais. Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal entendeu que a simples menção à tortura, sem defini-la, deixaria o julgamento à margem do julgador, que exerceria assim o papel de legislador³⁴. Ainda segundo Basso, tal divergência doutrinária só foi resolvida quando o STF, ao lidar com a questão no Habeas Corpus 70.389-5, decidiu, por maioria de votos, pela condenação de policiais militares acusados da

prática de tortura com base no artigo do ECA, complementado pelos tratados internacionais de direitos humanos e combate à tortura assinados e ratificados pelo Brasil.

Entretanto, mesmo na hipotética ausência dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais supramencionados, uma análise conjunta de outras normas e princípios constitucionais inferem a proibição implícita da tortura e outros tratamentos desumanos ou degradantes, por serem incompatíveis com os bens jurídicos tutelados na Constituição.

Um dos fundamentos da República Federativa brasileira é a dignidade da pessoa humana³⁵. Certamente, a tortura ou qualquer tipo de tratamento cruel é incompatível com os ditames de uma vida digna, que a Constituição tanto se preocupou em assegurar aos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Ademais, a Constituição prevê o bem de todos como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil além de reger as relações internacionais do Brasil na prevalência dos direitos humanos. A tortura ou outros tratamentos desumanos maculam os princípios constitucionais expostos.

O Brasil já assinou diversos tratados que contém dispositivos contra a tortura, além de ter ratificado o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e está atualmente no processo de criação dos Mecanismos Nacionais de Prevenção (MNP) que o Protocolo prevê.

3.7.1 Diferenças entre a Lei 9455/97 e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes da Organização das Nações Unidas (CAT)

Foley³⁶ identificou três diferenças entre a Lei 9455/97 e a CAT, no tocante à definição da tortura, discriminação e consentimento ou aquiescência do Estado.

³⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) III - a dignidade da pessoa humana;

³⁶ FOLEY, Conor. **As Convenções Internacionais Relativas à Tortura**: Pontos de Interesse para Defensores Públicos. In: I Seminário Internacional: Capacitação da Defensoria Pública para o Enfrentamento da Tortura, 2012, São Paulo.

³² Ibidem. p. 191.

³³ BASSO, Marco Antonio. **Tortura: evolução histórica, jurídica e social**. A tutela do direito fundamental e a dignidade humana. 1. Ed. São Paulo: Scortecci Editora, 2007. p. 191.

³⁴ Ibidem.

a. Definição

Ao passo que a CAT define tortura como qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa, sem a necessidade de violência ou grave ameaça, a Lei 9455/97 considera um requisito à caracterização da tortura o emprego de violência ou grave ameaça. Com isso, atos que já foram classificados internacionalmente como tortura poderiam não serem reconhecidos como tal no Brasil, pela ausência de grave ameaça ou violência.

b. Discriminação

Outro ponto divergente diz respeito à discriminação. A CAT entendeu que, entre os motivos da tortura, está incluído o motivo baseado em discriminação de qualquer natureza. No entanto, a Lei 9455/97 delimita a discriminação às discriminações racial e religiosa, excluindo, portanto, outras formas de discriminação, como por exemplo, a discriminação sexual, política, contra deficientes físicos e mentais, entre outras.

c. Consentimento ou aquiescência do Estado

A CAT também que a tortura seja infligida por um funcionário público, ou outra pessoa no exercício das funções públicas ou por sua instigação ou com o consentimento ou aquiescência do Estado. Desta forma, particulares não praticam tortura. O Brasil diverge deste entendimento. Para a legislação brasileira, particulares podem cometer tortura. No entanto, quando a tortura é cometida por agente público, a pena é agravada de um sexto a um terço.

4. Boas práticas brasileiras e considerações finais

Como visto ao longo do presente artigo, as Constituições brasileiras se importavam em maior ou menor medida com o tema da tortura, algumas expressamente proibindo sua prática no texto constitucional, outras a proibindo de forma implícita na Constituição, mas de forma expressa na legislação infraconstitucional. À exceção dos escravos, a tortura e os maus

tratos sempre foram proibidos no Brasil, o que não impediu que tal prática fizesse parte do cotidiano dos cárceres brasileiro, seja na época do Império, na época da Ditadura ou até mesmo nos dias atuais. A Constituição de 1988, talvez por força da institucionalização da tortura durante a ditadura militar, voltou a proibi-la expressamente no texto constitucional, o que havia ocorrido apenas no texto constitucional de 1824. No entanto, tal vedação não se mostrou suficiente para coibir a prática na atualidade.

A Presidente Dilma Rouseff, ao ser indagada sobre tortura em viagem aos Estados Unidos da América declarou que "*Eu sei o que acontece, não tenho como impedir em todas as delegacias do Brasil de haver tortura.*"³⁷, o que gerou uma nota de repúdio de 15 organizações de Direitos Humanos³⁸, que afirmaram ser "muito grave que a autoridade máxima do País se declare incapaz de coibir o crime de tortura nas delegacias", além de pedirem "uma declaração explícita da Presidente de que não tolerará tortura e empenhará todos os esforços para combatê-la".

A declaração da Presidente vem na contramão de esforços nacionais a respeito do tema. O Brasil tem se empenhado nos últimos anos para combater o crime de tortura. Ainda que tal crime esteja longe de ser erradicado do cotidiano brasileiro, algumas práticas adotadas pelo governo, com respaldo da sociedade civil, têm surtido efeitos.

Em agosto de 2011, o Governo Federal, o Governo do Estado de Rondônia, o Poder Judiciário do Estado de Rondônia junto à Defensoria Pública e Ministério Público assinaram um acordo visando à melhoria do sistema carcerário do estado³⁹. Tal pacto

³⁷ BBC BRASIL. **Ativistas criticam Dilma por não condenar a tortura.** Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas_noticias/2012/04/120411_dilma_tortura_1k_rn.shtml>. Acesso em: 12 mar 2012.

³⁸ CONECTAS. **Nota de Repúdio à declaração da Presidente Dilma Rouseff sobre tortura, na Universidade Harvard.** Disponível em: <<http://www.conectas.org/institucional/nota-de-repudio-a-declaracao-da-presidente-dilma-rousseff-sobre-tortura-na-universidade-harvard>>. Acesso em: 12 mar 2012.

³⁹ FOLEY, Conor. **Protegendo os Brasileiros Contra a Tortura:** Um manual para juízes, promotores, defensores públicos e advogados. Brasília: International

também foi assinado por duas ONGs brasileiras, a Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho e a Justiça Global que haviam peticionado à Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito das condições carcerárias.

O governo brasileiro criou também um Plano de Ações Integradas de Prevenção e Combate à Tortura, baseado nas recomendações feitas pelo Relator Especial da ONU Nigel Rodley após visita feita ao Brasil em 2008. Até o momento, 12 estados brasileiros aderiram ao plano e criaram comitês estaduais com o objetivo de promover as medidas previstas no plano⁴⁰. O Estado de São Paulo, por meio do Decreto 42.209 de 15 de setembro de 2009, elaborou um Plano Estadual de Direitos Humanos, cujo acompanhamento e execução fica a cargo de uma Comissão Especial⁴¹. Adicionalmente, o referido estado criou o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana⁴² (CONDEPE), responsável por investigar as violações de direitos humanos, encaminhas as respectivas denúncias aos órgãos competentes e buscar soluções para tais violações.

Além destes esforços em nível nacional, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo realizou em março de 2012 o “Seminário Internacional: Capacitação da Defensoria Pública para o Enfrentamento da Tortura”, aberto ao público e com a presença de Defensores Públicos de diversos Estados do país, com o objetivo de capacitar os Defensores Públicos a utilizar os mecanismos internacionais de combate à tortura, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o

Comitê Contra a Tortura das Nações Unidas, quando tal combate falhar em nível nacional. O seminário contou com a presença do Sr. Mario Coriolano, integrante do Subcomitê para a Prevenção de Tortura da Organização das Nações Unidas, Sr. Conor Foley, da Universidade de Essex, Reino Unido e Sra. Anna Batalla, do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, entre outras participações internacionais e nacionais.

Como se vê, o Brasil vem tomando medidas e capacitando profissionais e a população civil interessada para a discussão acerca do combate eficaz da tortura. A sociedade civil, seja por meio de organizações não governamentais de direitos humanos ou por ações isoladas de indivíduos, tem procurado cobrar uma postura efetiva do governo relativa às medidas de proteção dos brasileiros contra a tortura. Até mesmo a Embaixada Britânica em Brasília, em associação com o International Bar Association fez sua contribuição ao editar o livro “Protegendo os Brasileiros Contra a Tortura, um Manual para Juízes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados”, de autoria de Conor Foley. O manual foi distribuído a cinco mil defensores públicos brasileiros⁴³ no “Seminário Internacional: Capacitação da Defensoria Pública para o Enfrentamento da Tortura” e sua versão eletrônica pode ser consultada no site da Defensoria Pública do Estado de São Paulo⁴⁴.

No entanto, falta um comprometimento firme do poder público no tocante à inadmissibilidade da tortura, fomentado as boas práticas de combate e criando novas, a serem implementadas rigorosamente em nível nacional, colocando a prevenção e o combate à tortura como umas das prioridades governamentais. Infelizmente, há também uma convivência da sociedade com tortura de presos, posto que muitos acreditam que a tortura e/ou

Bar Association’s Human Rights Institute / Ministério das Relações Exteriores Britânico e Embaixada Britânica no Brasil, 2011, p. 52.

⁴⁰ FOLEY, Conor. **Protegendo os Brasileiros Contra a Tortura**: Um manual para juízes, promotores, defensores públicos e advogados. Brasília: International Bar Association’s Human Rights Institute / Ministério das Relações Exteriores Britânico e Embaixada Britânica no Brasil, 2011, p. 52.

⁴¹ GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Programa Estadual de Direitos Humanos. Disponível em:

<<http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=480&Cod=51>>. Acesso em: 18 nov 2012.

⁴² Idem. **O CONDEPE**. Disponível em: <<http://www.condepe.org.br/conheca/>>. Acesso em: 15 nov 2012.

⁴³ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION’S HUMAN RIGHTS INSTITUTE. **International Seminar**: The role of the Public Defender in dealing with torture in Brazil, 2012. Disponível em: <<http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=51d4466c-9ad5-4fef-ba95-e74f444447f6>>. Acesso em: 01 mai 2012.

⁴⁴ *Manual Disponível em:* <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/5%20%20manual_bar_online_final.pdf>.

maus tratos são inerentes à condição de encarcerado, sendo parte da pena. Como nos ensinou a ditadura militar, a simples vedação da tortura não impede a disseminação da sua prática, se não houver políticas públicas, fiscalização e punição efetivas. Não é admissível que a Presidente se declare incapaz de erradicar a tortura nas delegacias do país. O Chefe do Executivo nacional deveria ser o mais interessado não apenas na erradicação da tortura, mas também na punição de todo e qualquer torturador. A sociedade precisa cobrar atitudes governamentais de combate à tortura em delegacias, penitenciárias, casas de detenção juvenis e em quaisquer outros lugares em que possa vir a ser praticada, pois como bem observou o ilustre Professor José Afonso da Silva, “a tortura não é só um crime contra o direito à vida. É uma crueldade que atinge a pessoa em todas as suas dimensões, e a humanidade como um todo”.⁴⁵

⁴⁵ SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 205.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Andreia de. **Considerações sobre a Tortura no Brasil e na Alemanha.** In: Revista Espaço Acadêmico, 2007. Disponível em <<http://www.espacoacademico.com.br/073/73barros.htm>>. Acesso em: 20 abril 2012.
- BASSO, Marco Antonio . **Tortura: evolução histórica, jurídica e social. A tutela do direito fundamental e a dignidade humana.** 1. Ed. São Paulo: Scortecci Editora, 2007. V. 500. 336p .
- BBC BRASIL. **Ativistas criticam Dilma por não condenar a tortura.** Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/ultimas_noticias/2012/04/120411_dilma_tortura_ik_rn.sht>. Acesso em: 12 mar 2012.
- BRANDÃO NETO, João Marques. **Escravidão e Juristas.** Disponível em <<http://brasocentrico.blogspot.com.br/2009/09/escravidao-e-juristas.html>>. Acesso em: 18 abril 2012
- COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório Sobre Tortura no Brasil.** Brasília: [s.n.], 2005. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf>. Acesso em: 01 mai 2012.
- COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **O que se entende por tortura e maus tratos.** Disponível em <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/faq/faq-tortura-maus-tratos-1.htm>>. Acesso em: 10 abril 2012.
- CONNECTAS. **Nota de Repúdio à declaração da Presidente Dilma Rousseff sobre tortura, na Universidade Harvard.** Disponível em: <<http://www.conectas.org/institucional/nota-de-repudio-a-declaracao-da-presidente-dilma-rousseff-sobre-tortura-na-universidade-harvard>>. Acesso em: 12 mar 2012.
- FOLEY, Conor. **As Convenções Internacionais Relativas à Tortura: Pontos de Interesse para Defensores Públicos.** In: I Seminário Internacional: Capacitação da Defensoria Pública para o Enfrentamento da Tortura, 2012, São Paulo.
- _____. **Protegendo os Brasileiros Contra a Tortura: Um manual para juízes, promotores, defensores públicos e advogados.** Brasília: International Bar Association's Human Rights Institute / Ministério das Relações Exteriores Britânico e Embaixada Britânica no Brasil, 2011.
- GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Programa Estadual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=480&Cod=51>>. Acesso em: 18 nov 2012.
- _____. O CONDEPE. Disponível em: > <http://www.condepe.org.br/conheca/>>. Acesso em: 15 nov 2012.
- HOE, Carla. **A Proibição Contra Tortura e Provas Obtidas Mediante Tortura.** Defensoria Pública do Estado de São Paulo, São Paulo, 3 de mar. 2011. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=3042>>. Acesso em: 10 abril 2012.
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION'S HUMAN RIGHTS INSTITUTE. **International Seminar: The role of the Public Defender in dealing with torture in Brazil,** 2012. Disponível em: <<http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=51d4466c-9ad5-4fef-ba95-e74f444447f6>>. Acesso em: 01 mai 2012.
- MAIA, Luciano Mariz. **Tortura no Brasil: a banalidade do mal.** In: Seminário Nacional A Eficácia da Lei da Tortura, 2000, Brasília. Disponível em: <<http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/latina/maia.htm>>. Acesso: 28 abril 2012.
- MACHADO, Costa (org.). **Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** Barueri: Manole, 2012, p. 205.

SALIBA, Aziz Tuffi (org.). **Legislação de Direito Internacional e Constituição Federal**. São Paulo: Rideel, 2009.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA:

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 abril 2012.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 15 abril 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 abril 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abril 2012.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 15 abril 2012.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 15 abril 2012.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 25 abril 2012.

_____. **Lei 9.455**, de 07 de abril de 1997. Define o crime de tortura e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 09 abril 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes..** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em: 10 de Abril 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 2006.043117-9**. Rel. Des. Amaral e Silva, 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6526935/apelacao-criminal-apr-431179-sc-2006043117-9-tjsc/inteiro-teor>>. Acesso em: 30 abril 2012.

DIREITO AOS ALIMENTOS: NATUREZA JURÍDICA, REQUISITOS, CARACTERÍSTICAS E ALIMENTOS
PROVISÓRIOS E PROVISIONAIS

Andréa Patrícia Toledo Távora Niess Kahn* Luciana Toledo Távora Niess** Pedro Henrique Távora Niess***

RESUMO

Este artigo trata do direito aos alimentos como projeção do direito à vida, a que visa conservar, além de distinguir e esclarecer assuntos que ocasionam confusão ao aplicador do direito e de trazer questões básicas sobre o tema, a fim que se possa conhecê-lo e aplicá-lo de forma correta, buscando-se sempre a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Alimentos. Natureza. Características. Alimentos Provisórios. Alimentos Provisionais.

ABSTRACT

The focus of this study is the child support as a projection of the right to life, which seeks to conserve, and to distinguish and clarify themes that cause confusion to the lawyers and to bring basic questions of the subject so that we can learn about it and apply it correctly, seeking always to human dignity.

Keywords: Child Support. Legal Issues. Characteristics. Pendent Lite.

* Advogada, Mestra e Doutoranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, professora do Centro Universitário Uni FMU.

** Advogada, Mestra e Doutoranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, professora do Centro Universitário Uni FMU.

*** Subprocurador Geral da República e professor Emérito do Centro Universitário Uni FMU.

Introdução

São muitos os casos em que casais brigam, separam-se e deixam, infelizmente, de auxiliar no sustento de seus filhos em razão da raiva que nutrem de seus ex-companheiros (ou ex-companheiras).

Porém, a percepção dos alimentos é uma projeção do direito à vida, essencial para que o ser humano não apenas sobreviva, mas viva com dignidade.

É grande o número de ações desse gênero que tramitam nos foros brasileiros, sendo que não raras vezes, quem pleiteia não tem conhecimento dos requisitos necessários para sua obtenção e quem os deve não sabe da importância de seu fornecimento para o crescimento saudável de um menor, lembrando que esta ação pode, inclusive, ser proposta pessoalmente, independentemente da presença de advogado.

Mister, portanto, conhecer os meios eficazes garantidores da manutenção da subsistência assegurados pela Lei, intervindo o Judiciário para, da melhor forma, proporcionar à parte mais fraca nessa relação, dignidade.

1. Natureza

O direito à prestação alimentícia é uma *projeção* do direito à vida, a que visa conservar, ostentando natureza personalíssima, não obstante expresso economicamente.

De Cupis, sobre a afirmação de Degni, de que uma forma de tutela civil do direito à vida é a obrigação legal de prestação de alimentos, adverte que “o direito alimentar é um direito relativo, que se exerce contra determinados sujeitos obrigados a uma prestação de caráter positivo. O seu objeto não é a vida, mas sim um bem diferente, conquanto destinado a servir para a conservação da vida”.¹

Cabe anotar, contudo, que a Constituição de 1988 confere não só à família, mas também à sociedade e ao Estado a garantia, com absoluta prioridade, do direito aos alimentos (saúde, alimentação, educação, lazer, cultura),

¹ DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961, p. 67.

e que, modernamente, deve-se conceber o direito à vida mais amplamente, à luz do princípio da dignidade humana, e não se pode falar em vida digna, em respeito à pessoa, deslembrando do direito em foco.

2. Obrigação de Alimentar e Dever de Prestar Alimentos

Distingue-se a obrigação de alimentar do dever de prestar alimentos.

A lição é de Maria Helena Diniz:

O dever de sustentar os filhos (CC, art. 1.566, IV) é diverso da prestação alimentícia entre parentes, já que (a) a obrigação alimentar pode durar a vida toda e até ser transmitida causa mortis (CC, art. 1.700) e o dever de sustento cessa, em regra, ipso iure, com a maioria dos filhos (...); (b) a pensão alimentícia subordina-se à necessidade do alimentando e à capacidade econômica do alimentante, enquanto o dever de sustentar prescinde da necessidade do filho menor não emancipado, medindo-se na proporção dos haveres do pai e da mãe. Logo, essas duas obrigações não são idênticas na índole e na estrutura” (ng)².

No mesmo sentido, Ralf Madaleno refere-se à *mera obrigação* alimentar para designar o correspondente direito que têm “os ascendentes, os colaterais, os cônjuges e companheiros, bem assim os descendentes maiores e capazes que já se encontram fora do poder parental” de serem sustentados, reservando a expressão *dever alimentar* para alcançar aquele dever vinculado “ao poder

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – 5º vol. – Direito de Família, 20ª ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 536 e 537. Conforme o acórdão proferido pela 2ª Seção do STJ, no Resp 739004/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.09.2005, DJ 24.10.2005, p. 346, a exoneração do dever de alimentar não se dá *ipso iure* com a maioria, necessária a propositura da respectiva ação pelo devedor.

familiar, ao parentesco das pessoas menores e incapazes”³.

Sem nenhuma crítica à precisa distinção entre as suas figuras, no que concerne ao conteúdo de ambas, a palavra obrigação tem servido à definição de dever, e vice-versa, como se lê, exemplificativamente, no Dicionário Jurídico de De Plácido e Silva⁴ (Forense, RJ, 1982, verbetes **dever** e **obrigação**). Aliás, outra idéia não sugere a conclusão de Maria Helena Diniz, transcrita no texto, referindo-se ao *dever de prestar alimentos* e à *obrigação de alimentar*, como *duas obrigações* diferentes. Pontes de Miranda fala também em “dever de alimentos entre cônjuges”⁵.

3. Requisitos

Para as hipóteses em que a obrigação de alimentar decorre das relações de parentesco, do casamento e da união estável, mister se faz esclarecer que requisitos são impostos para que a prestação seja atendida.

Dessa maneira, é necessário que o reclamante dos alimentos não possa prover sua subsistência por faltar-lhe condições e não ser possível conquistá-las em virtude de incapacidade física, intelectual, idade ou por outros motivos alheios à sua vontade, como a falta de oportunidade de trabalho, inexistente outra fonte lícita geradora de recursos.

Nesse último caso o julgador deverá proceder com muita cautela, verificando se, realmente, há a impossibilidade de o autor exercer qualquer trabalho digno e, claro, que esteja de acordo com as condições de determinada pessoa. Por exemplo, dispõe o art. 390 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos

para o trabalho ocasional”. A inobservância da lei danificaria a saúde da empregada, ou da aspirante a emprego, mormente sendo menor. A menoridade é também causa de vedação do trabalho noturno (aquele realizado no período compreendido entre as 22 horas e as 5 horas), bem como daquele realizado em locais perigosos, insalubres ou prejudiciais à formação da pessoa que ainda não atingiu dezoito anos, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não lhe permitam frequentar a escola (Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 403 parágrafo único, 404, 405). E casos há em que os pais são menores de 18 anos.

Outro requisito diz respeito à condição financeira daquele que deve os alimentos, a qual indicará o *quantum* a ser fornecido (Código Civil, art. 1.695).

Quando a situação de necessidade for provocada por quem pede alimentos, estes serão os estritamente indispensáveis à sua subsistência (Código Civil, art. 1.694, § 2º). É o que ocorre, v.g., com o filho de 17 anos que abandona o lar paterno, sem justificativa plausível.

De outro vértice, os filhos menores não precisam comprovar a necessidade dos alimentos, implícita na sua condição e por isso presumida, servindo a apuração das possibilidades do alimentante para a determinação da quantia com que cada um dos genitores deverá contribuir. A prova da excepcionalidade de situação em que o menor não precise dessa ajuda será objeto de prova pelo devedor.

4. Características

As características do direito aos alimentos revelam-se sob os enfoques abaixo apontados:

4.1. Quanto à transmissão /cessão

O *direito* aos alimentos, além de personalíssimo, não podendo ser pleiteado por outrem em favor de quem os necessita (não se cogitando aqui, é claro, da representação e da assistência em que o autor é o menor), é intransmissível (diferentemente do que ocorre com a obrigação de prestar alimentos, na

³ MADALENO, Rolf. *Um novo direito alimentar*. Revista Del Rey jurídica. Belo Horizonte, Del Rey, Ano V – n.12, p.32/33.

⁴ De Plácido e Silva. *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, verbetes *dever* e *obrigação*.

⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Tomo VIII, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 209.

dicção do artigo 1.700, do Código Civil), não passando aos herdeiros do alimentado, senão quanto às prestações vencidas em vida do falecido e por ele não recebidas, por já se terem integrado ao seu patrimônio, como crédito do espólio. O direito extingue-se com a morte do beneficiado. Sendo intransmissível é incessível, ou seja, não pode o credor ceder o seu crédito relativo às prestações vincendas (Código Civil, art. 286 c/c art. 1707).

4.2. Quanto à prescrição

A pretensão, ainda que não exercido o direito aos alimentos mesmo diante de dificuldades pretéritas, não prescreve, como, de resto, não corre a prescrição ou a decadência em prejuízo dos absolutamente incapazes (Código Civil, artigo. 198, inciso I, e 208) e dos relativamente incapazes com relação às ações intentáveis em face de seus ascendentes (Código Civil, artigo 197, inciso II e artigo 1.630).

A pessoa, com dezesseis anos, emancipada, não encontra a mesma proteção por não mais estar sob o poder familiar (artigo 1.635, inciso II, do Código Civil).

Nos casos em que a prescrição opera, a pretensão para haver as prestações alimentares não pagas prescreve em dois anos, não mais em cinco anos (artigo 178, § 10, inciso I, do Código Civil de 1916) a partir do seu vencimento; mas os relativamente incapazes, no que concerne aos alimentos devidos pelos seus parentes na linha colateral, têm ação contra os seus assistentes que derem causa à prescrição (Código Civil, art. 195).

4.3. Quanto à compensação

Não pode o crédito ser compensado, com débitos que o credor tenha com o alimentante, pois a possibilidade lesaria, na essência, o direito debatido, já que o pagamento tem por escopo a manutenção do alimentando, admitindo-se, no entanto, a dedução, em prestação futura, de pagamento feito a maior em decorrência de erro de cálculo, sob pena de enriquecimento ilícito⁶.

4.4. Quanto à repetição

Os alimentos pagos não são passíveis de repetição. A incidência do princípio da irrepetibilidade tem sido intransigentemente defendida, com razão, mormente em relação aos filhos menores e incapazes e seus pais, não sendo prudente consagrar-se fórmula que iniba a promoção do pleito, inculcando no autor o temor de que, se perder a demanda não derivada de interesses escusos, possa vir a ter que devolver o que em boa-fé recebeu.

Mas já se defende, doutrinariamente, a possibilidade da devolução das quantias indevidamente pagas *em certos casos*, caracterizada a má-fé e o conseqüente enriquecimento sem causa de quem as recebeu.

É a posição de Rolf Madaleno:

Deve ser admitida a possibilidade de restituição judicial nos casos de mera obrigação alimentar, quando, por exemplo, a ex-mulher já tem renda própria; o filho maior e capaz, que até já se casou e não quis mais estudar, mas segue recebendo indevidamente os alimentos em afrontoso enriquecimento ilícito, regulado pelos artigos 884 a 886 do Código Civil brasileiro em vigor (...). transportando a disposição legal para o direito familista, afigura-se incontroverso o enriquecimento imotivado naquelas prestações destinadas aos filhos já maiores e capazes, que trabalham, têm renda própria ou que deixaram de estudar, mesmo em curso superior mas seguem recebendo a pensão alimentícia e postergando no tempo, com malícia, a demanda de exoneração para assim acumular riqueza por causa alimentar que deixou de existir, apenas porque, em tese, o crédito alimentar seria irrestituível.⁷

4.5. Quanto à penhora

Os valores recebidos a título de alimentos, mantido este caráter, bem como os créditos dessa natureza, são impenhoráveis, pela razão de que, se pudessem garantir o pagamento de outras dívidas, restaria frustrado

⁶ RJTJSP 123/236.

⁷ MADALENO Rolf. **Um novo direito alimentar.** Revista Del Rey jurídica. Ano 5 – n. 12, p. 32/33.

todo o sistema criado para garantir a satisfação *das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si*⁸, baseada a *obrigação* na solidariedade familiar.

4.6. Quanto à renúncia

Por fim, há que se ponderar que, indissociavelmente ligado à manutenção do alimentante, proporcionando-lhe subsistência compatível com sua condição, o direito oriundo do parentesco é, sem dúvida, irrenunciável; mesmo que a necessidade resulte de culpa de quem pleiteia os alimentos, a irrenunciabilidade se impõe, restrito o direito, nesta hipótese, ao quanto indispensável à subsistência.

O credor pode deixar de exercer o direito a alimentos, mas não pode a ele renunciar (Código Civil, art. 1707) e, se o fizer, a renúncia será plenamente ineficaz⁹.

5. Alimentos Definitivos e Não Definitivos

⁸ GOMES, Orlando. **Direito de Família**, RJ, Forense, 1978, p. 455.

⁹ Mantém o direito a alimentos o cônjuge inocente na separação judicial, desprovido de recursos, e mesmo que considerado culpado – neste último caso desde que necessite dos alimentos, não tenha parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, quando serão fixados no mínimo indispensável à sua sobrevivência (CC, art. 1704 e parágrafo único), eis que sua culpa não pode gerar tão grave pena, e porque o vínculo matrimonial não se rompeu, - embora tenha sido posto termo aos deveres de fidelidade recíproca e coabitação (art. 1576) – podendo ser restabelecida a sociedade conjugal a qualquer tempo (CC, art. 1577). O novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio (CC art. 1.709). Mas, “ se há dispensa mútua entre os cônjuges quanto à prestação alimentícia e na conversão de separação consensual em divórcio não se faz nenhuma ressalva quanto a essa parcela, não pode um dos ex-cônjuges, posteriormente, postular alimentos, dado que já definitivamente dissolvido qualquer vínculo existente entre eles” (Resp. 199.427- SP, 4ª T, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 09/03/2004, DJ 24.03.2004, p. 244. O direito aos alimentos alcança os que convivem em união estável (CC, arts 1692, 1723 e 1724), a ela, entretanto, não se equiparando o simples *direito ao afeto*, como o namoro persistente, na colocação de Sérgio Rezende de Barros (*O direito ao afeto*, Del Rey – Revista Jurídica, maio/2002, ano IV – número 8, p.35).

Dividem-se os alimentos em definitivos e não definitivos.

Definitivos ou *regulares* são aqueles estabelecidos pelo juiz, em sentença, ou por acordo entre as partes. Perduram enquanto presentes os requisitos de sua concessão, podendo ser revisados sobrevindo modificação na situação financeira de uma das partes.

Os não definitivos subdividem-se em provisórios e provisionais.

Havendo prova pré-constituída do parentesco, é possível propor ação de alimentos fundada na Lei n. 5.478, de 1968, de rito especial.

O art. 4º, da referida Lei, reza que o juiz fixará, desde logo, alimentos provisórios no despacho inicial.

Destarte, requeridos, ou não, ao juiz não há outra alternativa senão a de fixar os alimentos provisórios ao credor, o que somente não se dará se este disser expressamente que não os necessita (art.4º, última parte, do mesmo diploma).

Não possuindo a prova pré-constituída do parentesco, sobrarão ao alimentando a propositura de ação pelo rito ordinário, não lhe nascendo o direito a alimentos provisórios, mas, não tendo como manter-se durante o curso do processo principal, poderá requerer alimentos provisionais pela via cautelar.

Em qualquer dos casos o juiz levará em conta as condições financeiras e o nível social das partes, mas, diante do exposto, percebe-se que os alimentos provisórios refletem a antecipação da tutela de mérito pretendida, enquanto que os provisionais se revestem de cunho cautelar, à falta da prova inequívoca, cogitada no art. 273 do Código de Processo Civil, capaz de convencer o julgador da verossimilhança da alegação.

É entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que a decisão que fixa alimentos definitivos em valor inferior aos provisórios não retroage para atingir os valores fixados provisoriamente¹⁰; já a Terceira Turma, do mesmo Sodalício, orienta-se em sentido oposto: “fixados os alimentos definitivos em valor inferior ao dos

¹⁰ Resp 742.419/RS, Rel. Min. Jorge Scartezini, j.13/09/2005, DJ 03.10.2005, p.281.

provisórios, retroagirão à data da citação, ressalvadas as possíveis prestações já quitadas em virtude da irrepetibilidade daquilo que já foi pago¹¹”.

Conquanto respeitáveis ambas as posições, preferimos a primeira solução, porque se trata de uma decisão interlocutória mantida no curso do processo e não revogada até a prolação da sentença que a substitui daí para frente. A segunda conclusão poderia animar o descumprimento da decisão interlocutória (já que não haveria a repetição do indébito, não obstante a retroação admitida) proferida na consideração da realidade que lhe é apresentada em dado momento, modificável durante o caminhar do processo e, por isso, alterável pelo meio adequado. Ademais, a sentença poderá não ser mantida em grau de apelação, vindo o acórdão a restabelecer o débito no valor anterior. Como dizem Nelson Nery Junior e Rosa Nery, os alimentos provisórios somente podem ser revistos até o momento que antecede a prolação da sentença e, uma vez fixados e não revogados no curso da ação são devidos tal como estabelecidos: “Enquanto houver litispendência são devidos os alimentos, ainda que a sentença ou o acórdão tenha julgado improcedente o pedido do autor, cassando a liminar que concedera os alimentos provisórios¹²”.

Conclusão

O fornecimento de alimentos é essencial para que sejam atendidas as necessidades vitais básicas das pessoas que, de acordo com o artigo 6º da Constituição Federal que discrimina os direitos sociais e artigo 7º da Carta Maior, englobam a alimentação propriamente dita, a moradia, o vestuário, a higiene, a saúde, a educação, o lazer, a previdência social e o transporte, podendo, o quantum devido, variar conforme o binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante.

Quanto à criança e ao adolescente, a imposição é de absoluta prioridade, acrescentando-se aos direitos relacionados, o direito à cultura e à profissionalização.

Definitivos ou regulares são os alimentos estabelecidos pelo juiz, em sentença, ou por acordo entre as partes. Perduram enquanto presentes os requisitos de sua concessão, podendo ser revisados sobrevindo modificação na situação financeira de uma das partes. Os não definitivos subdividem-se em provisórios e provisionais.

A ação de alimentos, de rito especial (Lei 5.478 de 1968), é proposta para compelir o devedor à prestação dos alimentos devidos, quando houver prova pré-constituída da obrigação alimentar ou do parentesco. Não possuindo referida prova pré-constituída, restará ao alimentando a propositura de ação pelo rito ordinário, não lhe nascendo o direito a alimentos provisórios, mas não tendo com manter-se durante o curso do processo principal, poderá requerer alimentos provisionais pela via cautelar.

Verifica-se, portanto, que, devido a relevância do tema, principalmente no que tange aos menores de idade, a legislação brasileira buscou garantir, de forma mais ampla possível, que fossem atendidas as necessidades básicas do alimentando de modo eficaz, a fim de que viva com dignidade e respeito, possuindo condições de enfrentar as dificuldades existentes no convívio social e buscar seu próprio sustento.

¹¹ Resp 209.098/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14/12/2004, DJ 21.02.2005, p. 169.

¹² NERY JUNIOR, Nelson, e NERY Rosa Maria de Andrade, **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**, SP, RT, 2003, notas 4, 5 e 8 ao art. 13 da Lei de Alimentos.

REFERÊNCIAS

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Livraria Moraes Editora, Lisboa, 1961.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro, Forense.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – 5º vol. – Direito de Família**, 20ª ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando, p. 455 – *Direito de Família*, RJ, Forense, 1978

MADALENO, Rolf. **Um novo direito alimentar**. Revista Del Rey jurídica. Belo Horizonte, Del Rey, Ano V – n.12.

NERY JUNIOR, Nelson, e NERY Rosa Maria de Andrade, **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**, SP, RT, 2003.

NISS. Andréa Patrícia Toledo Távora e NISS. Pedro Henrique Távora. **Alimentos: O dever dos genitores de prestá-los aos filhos menores**. RCS Editora, 2004.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**, Tomo VIII, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.

REZENDE DE BARROS, Sérgio. **O direito ao afeto**, Del Rey – Revista Jurídica, maio/2002, ano IV – número 8.

RESUMO

Este breve trabalho procura concluir que a pessoa jurídica pode ser autora de Obra Coletiva. Analisamos o tema à luz da teoria que preconiza ser a pessoa jurídica um ente real, e não uma ficção legal. A pessoa jurídica pode, inclusive, cometer crimes ou ter sua honra maculada. A Obra Coletiva existe no Brasil com previsão constitucional e infraconstitucional, e os direitos autorais pertencem ao editor-empresário. Alertamos, por fim, para a necessidade de proteção das obras no mundo moderno, haja vista o recrudescimento da difusão de direitos autorais via *internet*.

Palavras-chave: Obra Coletiva. Pessoa Jurídica. Crimes. Direitos Autorais. Legislação. Internet.

ABSTRACT

This brief article leads to the conclusion that the legal entity can be the author of collective Works (written or recorded). We consider the legal entity to be real, as a person, and not simply a fiction. The legal entity in Brazil can commit crimes and have its honor damaged. The collective work exists in Brazil in the Constitution and in the legislation, and the copyrights belong to the publisher. We raise warnings in the article to the necessity of protection of many author's works that are launched illegally in the *internet*.

Keywords: Collective Works. Legal Entity. Crimes. Copyrights. Legislation. Internet.

* O Autor é Procurador da Fazenda Nacional em São Paulo, Professor de Direito Constitucional e Direito Tributário do Curso de Graduação em Direito da Universidade Paulista – UNIP em São Paulo, Professor de Teoria do Direito e Ciência Política no Curso de Graduação do Centro Universitário UniFMU – SP, Especialista em Direito Tributário, Especialista em Formação de Professores e Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário UniFMU em São Paulo.

Introdução

O conceito de Obra Coletiva perpassa pela noção de pessoa física ou jurídica que cria, organiza, publica e divulga, por sua iniciativa e sob sua exclusiva direção, e em seu nome, qualquer obra autoral em que figurem as participações de diversos autores.

A Obra Coletiva de que tratamos é a de cunho estético, artístico, que sensibiliza o leitor, crítico, cientista e apreciador (público em geral). As obras de cunho utilitário, como modelos de invenção, são tratadas pela propriedade industrial, pois têm cunho prático e legislação própria.

O art. 5º, XXVIII, “a”, CF apenas menciona “proteção às participações individuais em obras coletivas”, dando a entender que adotariamos o modelo alemão, que só admite “obra em colaboração”.

Todavia, veremos que nosso conceito é mais amplo, pois a Lei 9.610/98 (e mesmo a anterior e revogada lei federal de direitos autorais – Lei 5.988/73) não exclui o tipo de obra que, mais do que em colaboração, é verdadeira Obra em Conjunto e Indivisível, ou seja, “Obra Coletiva”. A mera Obra em Colaboração permite a identificação em separado de cada autor, como um cenógrafo ou coreógrafo ou diretor de uma peça teatral. A fusão da Obra Coletiva é, pois, o ponto fulcral da sua caracterização.

A CF, pois, admite o termo “obra coletiva”, mas silencia quanto aos direitos autorais exclusivos de Editora ou Empresa (pessoa física ou jurídica) que a organiza, lança e a explora em seu único nome.

A palavra “empresa” constava do art. 15 da Lei 5988/73, e a atual Lei 9.610/98, 5º, VIII, “h” menciona apenas “obra coletiva criada/organizada” por “pessoa jurídica”, cujas contribuições se “fundem”.

Já o art. 11 e parágrafo único desta novel lei constituem um aparente paradoxo: autor seria apenas pessoa física, mas estender-se-iam apenas as “proteções” de direitos autorais, nos casos previstos na lei, também às pessoas jurídicas.

Veremos alguns pormenores a seguir.

1. Organização da Obra Coletiva por Pessoa Jurídica

O art. 225, § único, CF estabelece, curiosamente, sanções penais para a pessoa jurídica que cometa crimes ambientais. Há, ainda, a Lei 9.605/98, que estipula a forma de aplicação destas sanções, que são, na maioria, multas e interdições, haja vista que pessoa jurídica não pode se deslocar para cumprir pena restritiva de liberdade em estabelecimento prisional.

Vejamos a visão da legislação para a aplicação de penas até então infligidas somente às pessoas físicas:

Lei 9.605/98

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

- I - custeio de programas e de projetos ambientais;
 - II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;
 - III - manutenção de espaços públicos;
 - IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.
- Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

A Alemanha, como ressaltado acima, admite apenas a Obra em Colaboração, em que não há fusão de ideias de vários autores num todo indivisível, devendo ser sempre destacável e identificável a participação do indivíduo na obra final. Assim, prepondera neste país europeu a figura da “pessoa física”.

No entanto, destacamos dois pontos: é possível existência da Obra Coletiva e a organização perfeitamente possível por uma pessoa jurídica, que realiza uma empreitada (aqui, empreitada como sinônimo de “empresa”).

A Convenção de Budapeste para Crimes Cibernéticos de 2001 é Tratado Internacional não assinado pelo Brasil, mas que sugere a adoção de penas para “empresas” – pessoas jurídicas (art. 12).

Augusto Rossini¹ assevera que empresas podem delinquir, pois há consciência em ente moral, há vontade, sim, e elas podem ser levadas às cortes penais. Podem inclusive cometer crimes contra a Humanidade.

O Autor menciona, ainda, que na Inglaterra há antiga imputação à pessoa jurídica em relação a crimes contra a economia. Na Holanda, Noruega e Dinamarca idem. Na Suíça, a responsabilidade da pessoa jurídica é “subsidiária”, penalizando-se a pessoa jurídica apenas quando os sócios ou acionistas que delinquiram não puderem ser determinados.

As pessoas jurídicas realmente não podem sofrer penas corpóreas. Mas podem ser penalizadas com multas (pecúnia) ou interdições de atividades. Todavia, há 4 argumentos no sentido da inimputabilidade penal das pessoas jurídicas: **a)** não há responsabilidade sem culpa – pessoa jurídica é desprovida de inteligência e vontade própria, necessitando de intermediários ou órgãos compostos de pessoas singulares (físicas) para exercer qualquer atividade – não há “vontade livre” de infringir a lei; **b)** princípio da personalidade das penas – a condenação da pessoa coletiva atingiria injustamente as pessoas físicas inocentes que não participaram nem sabiam da delinquência daquele sócio ou diretor infrator; **c)** pena privativa de liberdade é inaplicável corporeamente à pessoa jurídica; **d)** pessoa jurídica é incapaz de arrependimento – não pode ser intimidada, reeducada nem emendada, e estes seriam, em verdade, os fins da pena criminal, que obviamente não seriam atingidos em relação às pessoas jurídicas.

Notamos, *en passant*, que a Súmula 227 do STJ preconiza poder a pessoa jurídica sofrer dano moral

A saída, portanto, parece ser a aplicação da pena pecuniária ou restritiva de direitos. Assim, demonstra-se a possibilidade de uma pessoa jurídica ser autora de crimes.

Se pode ser autora de crimes, pode sê-lo em relação à produção de uma Obra Coletiva. A pessoa jurídica é distinta da pessoa dos sócios. Pode firmar contratos, contratar empregados e praticar todos os atos da vida civil em seu próprio nome. A Editoração e Organização de uma obra autoral, portanto, pode caber a uma pessoa jurídica, que deterá os direitos autorais da Obra Coletiva, diferentemente do que ocorrerá com os partícipes e autores individuais fusionados num todo só indivisível (a obra acabada): estes perceberão apenas honorários contratados previamente, em instrumento contratual, ou lucros.

2. O Que é “Obra Coletiva”?

A legislação infraconstitucional precisa definir o que seja obra coletiva. Antonio

¹ ROSSINI, Augusto. **Informática, Telemática e Direito Penal**. 1ª Edição. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 81-99.

Carlos Morato² pondera que o Constituinte Originário não versou sobre o que seria “Obra Coletiva” mas, ao versar sobre proteção “individual” na obra coletivas (art. 5º, XXVIII, “a”, CF), não retirou expressamente a criação inovadora, que é uma Obra Coletiva, por parte de uma “pessoa jurídica”.

Nos casos em concreto apresentados ao Judiciário, admitimos a utilização do princípio da razoabilidade para solucionar lides reais (o termo “razoabilidade é mais corriqueiro na jurisprudência do STF). A razoabilidade é também denominada “princípio da proporcionalidade”. Luiz Alberto David Araujo preconiza: “O princípio da proporcionalidade é aquele que oriente o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma”. E prossegue: “O princípio da proporcionalidade importa a aplicação razoável da norma, adequando-se, como dito, os meios aos fins perseguidos. Por isso, afigura-se que o princípio em pauta confunde-se com o da razoabilidade, podendo as expressões ser utilizadas em sinonímia”³.

Assim, melhor seria a classificação da Obra Coletiva como Obra de Autoria Coletiva, com base na REALIDADE TÉCNICA das empresas que organizam e dirigem a obra, e não na mera realidade subjetiva da cada contribuinte.

A realidade do mundo fático está a demonstrar que a pessoa jurídica organiza uma obra, põe seu nome na capa ou no projeto e a explora e distribui o produto acabado, ficando os lucros e demais direitos divididos com os autores, cujas participações se fundiram num indivisível, estipulados em contrato prévio.

A organização é o traço essencial. É o dirigismo.

Na Obra Coletiva fica muito difícil identificar-se as contribuições individuais. Não

se sabe, por exemplo, num livro essencialmente com conteúdo indivisível, quem escreveu qual parágrafo. Esta obra final é original e regida como se pertencesse à pessoa moral, pessoa jurídica, cujos frutos e direitos ela mesma colhe de forma distinta da forma de remuneração dos autores individuais. Ela colhe os direitos autorais.

A Autor, na Obra Coletiva, é o “Editor”. O Editor organiza a obra. Cria o “todo orgânico”. Os autores individuais se fundem. As participações fragmentadas se unem numa só, num produto final só. As regras (normas) são distintas para cada situação (empresa e autores físicos). A atuação da empresa (empreitada) subsume-se à lei autoral, e os direitos dos autores individuais cujas contribuições se fundiram estão em leis civis e penais (quanto a estas últimas, os crimes mais comuns aos nomes individuais são: calúnia, difamação e injúria).

O TRAÇO MARCANTE DA PESSOA JURÍDICA QUE É EMPRESA EDITORA, POIS, É A ORGANIZAÇÃO. A empresa, aqui, é um termo utilizado como EMPREITADA. A empresa pode ser concebida por sócios, mas não será ativa enquanto não se puser em andamento para desenvolver seu mister.

A Obra em Colaboração, admitida em alguns países com mais ênfase, permite a individualização das participações. Todavia, o artigo 31, da antiga Lei 5.988/73, lei de direitos autorais já revogada, criou um *tertium genus*: “obra em colaboração indivisível”. Por óbvio, entendemos que já desejava o legislador da época referir-se à “obra coletiva”.

A Obra Coletiva gera uma “indivisibilidade permanente”. A Obra Coletiva só pode ser visualizada em conjunto. Antonio Carlos Morato⁴ assegura que a Obra Coletiva difere da Obra em Colaboração porque esta carrega uma “indivisibilidade eventual”.

Quando pudermos eventualmente individualizar uma participação numa Obra Coletiva poderemos, também, estar diante de Obra em Co-Autoria. Mas, mesmo assim, esta individuação não será relevante, pois

² MORATO, Antonio Carlos. *Direito de Autor em Obra Coletiva*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 175-176.

³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89-90.

⁴ MORATO, Antonio Carlos. *Direito de Autor em Obra Coletiva*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

prepondera a organização do Editor de uma obra indivisível no seu todo, divulgada no nome do Editor. A Obra em Co-Autoria, se indivisível, é Obra Coletiva.

Os jornais e revistas são exemplos de simples Obras em Colaboração, onde há independência e identificação das participações individuais. Na Obra Coletiva há fusão das participações individuais, de todas as colaborações individuais, num todo só indivisível.

Não costumamos diferenciar, para efeito de “Editor”, a pessoa, física ou jurídica, que organiza, publica, edita, coordena, divulga, explora, etc. Ela é, enfim, uma “pessoa organizadora”, traço essencial da Obra Coletiva.

O art. 32 da Lei 9610/98, embora mencione “obra em co-autoria indivisível”, quer talvez referir-se apenas à Obra em Colaboração. Realmente, se houvesse um Editor organizador, as contendas aventadas neste preceito legal em relação à publicação ficariam solvidas no ato da adesão e autorização desta mesma publicação como autêntica Obra Coletiva, ressalvado o direito do autor individual de não ter seu nome individual divulgado, nos termos do art. 17 da mesma lei.

Vejamos o preceptivo:

Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas.

§ 1º Qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada.

§ 2º Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.

§ 3º O contrato com o organizador especificará a contribuição do participante, o prazo para entrega ou realização, a remuneração e demais condições para sua execução.

Art. 32. Quando uma obra feita em regime de co-autoria não for divisível, nenhum dos co-autores, sob pena de responder por perdas e danos, poderá, sem consentimento dos demais, publicá-la ou autorizar-lhe a publicação, salvo

na coleção de suas obras completas.

§ 1º Havendo divergência, os co-autores decidirão por maioria.

§ 2º Ao co-autor dissidente é assegurado o direito de não contribuir para as despesas de publicação, renunciando a sua parte nos lucros, e o de vedar que se inscreva seu nome na obra.

§ 3º Cada co-autor pode, individualmente, sem aquiescência dos outros, registrar a obra e defender os próprios direitos contra terceiros.

Mas, temos clara indicação de existência de Obra Coletiva em nosso ordenamento com as palavras expressas da Lei 9.610/98, em seus artigos 41 e 42, *verbis*:

Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o caput deste artigo.

Art. 42. Quando a obra literária, artística ou científica realizada em co-autoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos co-autores sobreviventes.

Parágrafo único. Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos do co-autor que falecer sem sucessores.

Por fim, salientamos a existência e o conceito de OBRA COMPÓSITA: é uma obra que incorpora obra preexistente, como um livro de fotos de animais ou obra científica com fotos de animais e flores (há uma “conexão” de obras de fotógrafos diversos).

A Obra Compósita não é uma obra em colaboração, pois cada foto seria de um autor distinto e individualizável. Mas há conexão de obras, cujo produto final é divisível. Há quem diferencie “conexão de obras” de “obra compósita”, pois na Obra Compósita há PREVALÊNCIA de uma das obras quando da incorporação das obras alheias. A Obra Compósita seria “modalidade de obra em conexão”. O autor da Obra Compósita tem

todos os direitos de publicação, tradução, etc, mas não pode prejudicar o fotógrafo que queira utilizar uma foto sua, por exemplo, em outra obra ou não ter seu nome divulgado.

Na Obra Coletiva, portanto, verdadeiramente indivisível, os direitos autorais cabem ao empresário. Os autores recebem outros valores, mediante o que foi acertado em contrato. No conceito de Obra Coletiva, “organização” é mais importante que “atividade”. Organização é apenas uma faceta de “empresa”, da “empreitada”, que tem mais duas facetas: habitualidade e lucro.

O antigo artigo 15 da lei de direitos autorais (Lei 5.988/73) aparentava dar predominância ao termo “organizar”, assim como se utilizava dos termos “empresa singular” e “empresa coletiva”.

O artigo 5º, VIII, “h” da atual lei de direitos autorais (Lei 9.610/98) menciona “pessoa jurídica” organizadora. Ora, a pessoa jurídica tem sociedades empresariais como espécies. Predomina, hoje, no Brasil, a TEORIA DA EMPRESA, que abarca inclusive as “empresas agrícolas”, diga-se, “empreitadas agrícolas”. Predomina, pois, a ORGANIZAÇÃO COM UM OBJETIVO.

O empresário é figura diferente da empresa. Empresário é pessoa física ou jurídica, enquanto empresa é a “empreitada”, o “fazer”, que pode ser levado a cabo por pessoa física ou jurídica. Empresa é “atividade” ou “arranjo”, que tem por trás uma pessoa física ou jurídica. A empresária pode ser uma sociedade que, se não iniciar as atividades, não gera a “empresa”. O empresário pode, também, ser uma pessoa física.

Outro ponto relevante: há que haver “habitualidade” – um ato só de publicação não gera a “empresa”. A publicação isolada é ATO EMPRESARIAL, mas não empresa, pois falte a habitualidade. Assim, está ultrapassada a vetusta teoria dos atos de comércio.

Mostra-se discutível, entretanto, utilizar-se o ato empresarial isolado para desqualificar uma Obra Coletiva, pois mesmo um só ato de publicação, isolado, embora ausente a habitualidade, pode criar uma Obra Coletiva. Uma fundação que publique um Dicionário pratica um só ato isolado, denominado ato empresarial, e não atos de empresa com habitualidade. Todavia, a obra cuja

participação é indivisível e foi organizada por um Editor, gerando lucros, é Obra Coletiva.

Vejamos as palavras de Antonio Carlos Morato⁵:

Dessa forma, se uma fundação ou associação eventualmente publicam e organizam uma compilação, há ato empresarial, mas não há empresa, o que não obstará que continuemos a considerá-la autora da obra coletiva. Isto denota que a adoção do conceito de empresa como um ‘divisor de águas’ nessa questão seria uma opção discutível.

Assim, o traço parece ser a organização, acima da habitualidade. Uma coordenação e concatenação de ideias para um fim pré-planejado, geralmente lucrativo. Um dirigismo.

Permitimo-nos, neste passo final, acrescentar mais um elemento caracterizador da Obra Coletiva, que nos ocorre após sóbria reflexão: **PROFISSIONALIDADE**. O dirigismo acima referido descaracterizará a Obra Coletiva se não for profissional, ou seja, se não for desenvolvido por pessoas técnicas e qualificadas para cada tipo de empreitada que publicará uma Obra Coletiva.

3. Necessidade de Proteção da Obra Coletiva no Mundo Atual

O mundo tecnológico atual permite rapidez incrível tanto na feitura quanto na divulgação de uma Obra Coletiva. Se esta divulgação ocorrer pela via digital, a proteção deve ser diferenciada, em atendimento à desigualdade apregoada pelo princípio da isonomia.

Costuma-se dizer que, se uma Obra Coletiva, em Colaboração, em Co-Autoria, Individual ou Compósita “cair” indevidamente no Mundo Digital, a paternidade autoral restará perdida, pois a circulação na *Internet* está quase à velocidade da luz. Há diversos envolvidos na produção de uma obra intelectual, após a concepção original do Autor ou Autores. O cuidado protetivo em relação à Editora deve ser redobrado.

⁵ MORATO, Antonio Carlos. *Direito de Autor em Obra Coletiva*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

A pessoa jurídica que a faz circular uma obra precisa de proteção na difusão pelos meios modernos, inclusive porque nas obras em colaboração, em que há a individuação dos autores, há mais um problema: obtenção de autorização dos próprios autores e herdeiros.

Com a tecnologia atual verificamos, apenas para fornecer um exemplo real, que programas de computador (*softwares*) são feitos por diversos programadores, sob organização de uma empresa que congrega vários profissionais em diferentes etapas de produção.

A exclusão indevida da pessoa jurídica organizadora (empresa) deixaria um vácuo que um dos titulares individuais poderia desejar preencher como autor único e exclusivo, em detrimento dela e dos outros, sem premiar as demais participações individuais ou a empresa Editora. E a divulgação em seu nome exclusivo poderia ser desastrosa para a empresa, para os autores e para a Obra.

A ABNT também protege, de certo modo, as empresas (pessoas físicas ou jurídicas), ao enunciar que empresas podem organizar publicações em que não seja possível distinguir a participação pessoal (NBR 6.023/2000).

Portanto, cremos que predomina a teoria da realidade, e não da antiga ficção legal para a vida e a ontologia das empresas. Alguns doutrinadores ainda exprimem que a pessoa jurídica é apenas uma criação imaginária ...

Ora, se a pessoa jurídica é **real**, precisa de **proteção real**, efetiva e pragmática. Precisa das mesmas proteções que as pessoas físicas detêm na Sociedade, a mesma proteção que se assenta nos valores do povo (axiologia) e nas normas jurídicas.

O direito de paternidade não tem este nome à toa: quem cria uma obra é “pai”.

Um autor, mesmo em Obra Coletiva, jamais pode publicar antecipadamente a obra ou trechos dela (mesmo que sejam trechos seus), antes dos direitos de publicação por parte da Editora. Muito menos lançá-la no Mundo Virtual. O conjunto da obra, cuja paternidade é da Editora, pode ser seriamente prejudicado pelo lançamento ou divulgação antecipados e ilegítimos.

De notar-se que o art. 52 do Código Civil proclama que: “Aplica-se às pessoas

jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

A Lei do Livro (Lei 10.753/03), contudo, na contramão da evolução, refere-se apenas à pessoa física. Seu artigo 5º estabelece que autor só pode ser pessoa física.

A saída, aqui, segundo nosso pensamento, é a interpretação sistemática e o princípio da proporcionalidade.

Ademais, a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 12.376/10), que modificou a LICC (Decreto-lei 4.657/42), de fato manteve as disposições do artigo 4º, verbis:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A eficácia da Lei do Livro, realmente, é meramente jurídica, pois não há eficácia social no comando de seu artigo 5º. Há maneiras de o Juiz aplicar corretamente a norma, inclusive perscrutando sua teleologia.

Conclusão

Nosso trabalho chega à conclusão de que pessoa jurídica pode ser autora de Obra Coletiva, pois o traço elementar deste tipo de Obra é a organização, habitualidade, lucro e profissionalidade.

Cremos que a pessoa jurídica é ente real, superada a tese dos atos de comércio e a teoria da ficção.

A pessoa jurídica pode cometer crimes ou ser lesionada em sua honra objetiva. Assim, a melhor teoria para se explicar a existência da empresa (pessoa jurídica destinada à editoração) é a teoria da realidade técnica.

A Obra Coletiva, a seu turno, existe no Brasil conforme previsão expressa na legislação e interpretação sistêmica da legislação e Constituição, ademais do princípio da proporcionalidade.

A Obra Coletiva, diferentemente do que ocorre com as Obras em Colaboração, Co-Autoria, Compósitas ou Individuais, carrega o traço da indivisibilidade, em que o dirigismo da Editora apanha ideias individuais e as funde num todo que não permite a identificação individual dos autores. Mas os direitos autorais pertencem à Editora. Os autores colhem

apenas frutos civis da obra, previstos em contrato.

Concluimos, assim, que a Sociedade da Informação demanda novas formas de proteção às Editoras ou Gravadoras, uma vez que, lançada uma obra antecipadamente ou

divulgada ilicitamente na *Internet*, as possibilidades de recuperação da paternidade e direitos autorais é praticamente nula.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **A segurança da Informação no Processo Eletrônico e a Necessidade de Regulamentação da Privacidade de Dados**. Revista de Processo, vol. 152, p. 100-110, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Renovar, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2007.

COSTA JR., Paulo José da. **O Direito de Estar Só**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Direito fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Sociedade Informacional**. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). O Direito na Sociedade da Informação I. São Paulo: Atlas, 2007.

_____, Rodrigo da Cunha Lima. **Jurisdição Efetiva na Sociedade da Informação**. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). O Direito na Sociedade da Informação II. São Paulo: Atlas, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORATO, Antonio Carlos. **Direito à Voz: Reflexões sobre sua Proteção no âmbito da Sociedade da Informação**. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). O Direito na Sociedade da Informação I. São Paulo: Atlas, 2007, p. 159-175.

MORATO, Antonio Carlos. **Direito de Autor em Obra Coletiva**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Edição. 17ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.

PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação I**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROSSINI, Augusto. **Informática, Telemática e Direito Penal**. 1ª Edição. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

RESUMO

O presente artigo circunda o tema relativo à nova postura estatal normativo-regulatória assumida no cenário brasileiro, sobretudo a partir da década de 1990, em decorrência das diversas modificações ocorridas nas atribuições estatais, com a transferência – delegação – da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, mediante os institutos da concessão e da permissão. O objetivo é evidenciar a importância do surgimento das agências reguladoras, como um novo modelo de intervenção do Estado na economia, no intuito de proteger os interesses dos usuários de serviços públicos. Para empreender essa tarefa utilizar-se-á a metodologia de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Serviço Público. Delegação. Agências Reguladoras.

ABSTRACT

This article encircles the theme for the new approach to the State legislative-regulatory approach made in the Brazilian scenario specially since the 1990s, as a result of various modifications in the State allocations, with the delegation of utility services from State to private ones, through the granting of concessions and permissions. The aim is to highlight the importance of creating several regulatory agencies as a new model of State intervention in the economy in order to protect the interests of utility consumers. To undertake this task a basic bibliographic reference was used.

Keywords: Public Service. Delegation. Regulatory Agencies.

* A Autora é Pós graduada em Direito do Estado pela USP, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP e Procuradora do Estado de São Paulo.

Introdução

As transformações pelas quais o Estado tem passado ao longo das últimas décadas, especialmente ditadas pela economia, levou-o a abandonar a política de Estado-provedor e, a partir daí, atuar como Estado-gerente.

Então, a postura estatal normativo-regulatória, conforme dispõe o art. 174 da Constituição Federal, e que se consumou, notadamente, com o processo de privatização de algumas empresas estatais, acarretou mudanças significativas quanto ao modo de exercer atividades econômicas e prestar serviços públicos, sobretudo quando, paulatinamente, buscava-se reduzir as atividades estatais.

Assim, muitos serviços públicos de natureza econômica, outrora prestados pelo Estado, com as privatizações foram delegados à iniciativa privada, sob a forma de concessão e permissão, cumprindo aos usuários, doravante, a submissão às regras do mercado e ao interesse particular dos delegatários, que se orientam pela obtenção do lucro.

Este contexto foi determinante para o surgimento das agências reguladoras, tanto para proteger os interesses dos usuários de serviços públicos delegados, quanto para garantir que esses serviços sejam prestados de forma adequada, eficaz e contínua, pois o Estado agora personalizado no papel de regulador, conserva esse dever e essa responsabilidade.

1. Serviço Público: Panorama Geral

A importância do serviço público está ligada ao desenvolvimento da sociedade e às transformações do próprio Estado ao longo dos séculos, sobretudo na busca de sua principal finalidade: o bem comum. Assim também entende Odete Medauar¹, quando assevera que a evolução do serviço público sempre refletiu a evolução da sociedade e do Estado, sob o impacto de fatores sociais, econômicos e tecnológicos.

¹ MEDAUAR, Odete. Ainda existe serviço público? In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 30.

Fato é que compreender a noção precisa de serviço público na posição atual do nosso ordenamento jurídico é, sem dúvida, encargo que necessita do intérprete enorme esforço hermenêutico, em decorrência justamente das características e das diversas alterações que se procederam ao longo do tempo nas atribuições estatais.

O tema serviço público, mesmo tendo passado por período de abandono, falando-se até de uma crise sobre a sua exata noção na década de 1950, vem sendo revisitado. Hodiernamente, surgem uma variedade de expressões, algumas vezes na tentativa de substituir a noção clássica, outras para buscar uma nova conformação, mesmo no panorama europeu², o que bem demonstra a sua pertinência e atualidade.

No Brasil, a partir do tratamento estabelecido pelo legislador constituinte de 1988 e também com o renascimento de inclinações liberais, ajustáveis a uma concepção de Estado que se identifica como pós-social, impõe-se verificar os novos contornos existentes no tratamento dos serviços públicos.

Com efeito, o que se propõe neste século XXI é a redefinição do papel do Estado, que, de intervencionista, protecionista e provedor, passa a atuar como agente fiscalizador e regulador dos serviços públicos delegados, sem olvidar, no entanto, de preservar todas as conquistas oriundas de lutas sociais e garantias incorporadas pelo Estado social.

2. A Atividade Prestacional do Estado

A crise do Estado do bem-estar social³ resultou do agigantamento do Estado, de tal

² MEDAUAR, Odete. Serviço público. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, v. 189, jul./set. 1992. p. 100.

³ O Estado de bem-estar social, também denominado, sem alterações muito significativas, de *welfare state*, Estado social ou Estado intervencionista, caracterizou-se por um grande aumento do número de serviços públicos e atividades econômicas em geral exploradas pelo Estado, e conseqüente recuo do instituto da concessão, já que o Estado passou a assumir diretamente (inclusive por sua administração indireta) a sua prestação. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 40-41.

forma que não conseguia mais gerir todas as atividades que abarcou, isto devido às dificuldades enfrentadas na prestação do serviço público e nas atividades econômicas empresariais estatais.

Então, no início da década de 1990 do século passado, a participação direta do Estado na prestação de serviços públicos sofreu um retrocesso, em razão do elevado prejuízo decorrente de anos de investimentos estatais sem lucratividade.

O avanço da tecnologia – que deu azo ao desenvolvimento de novos mercados – e o modelo mundial de globalização, que prevê fluxo e movimentação de grande capital de investimento, tornam o terreno fértil para a política neoliberal incentivadora de uma intervenção menor do Estado nas atividades econômicas.

A partir daí, começa a ser desenvolvida uma política para a privatização do setor público, ante a justificativa de que seria esta a solução para a aludida crise do Estado de bem-estar social. A prestação do serviço público, então, deveria retornar à esfera privada, que doravante se incumbiria de satisfazer as necessidades coletivas.⁴

Contudo, mesmo que o Estado deixe de prestar diretamente alguns serviços públicos de relevância social, devido à concorrência globalizada e à necessidade de redução dos gastos com a atuação direta na economia, não se deve perder de vista que, justamente pelo caráter de relevância social, esses serviços têm como objeto bens de natureza restrita e que, por isso, necessitam de regulação. Nesse sentido, é o entendimento de Alexandre Aragão⁵:

Essa é a forma que prevalece no mundo contemporâneo, inclusive no Brasil, sendo os serviços públicos um dos principais mecanismos de o Estado corrigir distorções efetivas ou potenciais na relação entre oferta e procura de bens e serviços essenciais para todos os cidadãos. Os serviços públicos têm como objeto bens escassos, via de regra, condicionantes da própria

dignidade da pessoa humana, que se não passassem a ser da responsabilidade do Estado, ficando apenas sob a gestão da livre iniciativa, não seriam eficientemente fornecidos a todas as regiões e classes sociais do país.

De fato, essa atitude do ente estatal pode evitar que os indivíduos fiquem ao alvedrio das regras de mercado e da competitividade, além de garantir que toda coletividade tenha acesso aos serviços públicos concedidos, condicionantes de vida digna.

3. Os Serviços Públicos na Constituição Federal

O Constituinte de 1988 houve por bem não conceituar o serviço público, porém diferencia-o de atividade econômica (art. 175). Foi cumprindo esse mandamento constitucional que a Lei nº 8.987/1995 regulamentou o citado dispositivo, bem como o seu parágrafo único.

Assim sendo, com a disciplina do art. 173, a Carta Magna atribui ao setor privado, preferencialmente, a realização da atividade econômica: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

No entanto, a partir de 1995, em decorrência das Emendas Constitucionais nºs. 5, 6 e 8, de 15/08/1995, e 9, de 09/11/1995, ocorreu a flexibilização de alguns monopólios, no todo ou em parte, desencadeando privatizações parciais de serviços públicos, o que veio a acarretar reflexos na interpretação do art. 175 da Carta Magna. José Afonso da Silva⁶, com precisão, distingue atividade econômica de serviço público:

A atividade econômica no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa, sob a orientação de administradores da empresa privada. O serviço público é, por

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**, p. 39.

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**, p. 39.

⁶ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 801-802.

sua natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público. O que se tem que destacar aqui e agora, é que não cabe titularidade privada nem mesmo sobre serviços públicos de conteúdo econômico, como são, por exemplo, aqueles referidos no artigo 21, XI e XII da Constituição Federal.

Entende-se, assim, que não se harmoniza com o ordenamento jurídico brasileiro considerar o serviço público atividade econômica, simplesmente porque o comando do art. 175 da Constituição Federal o atribui ao Poder Público, podendo ser realizado pelo setor privado, mediante delegação.

Ademais, verifica-se que alguns preceitos contidos no art. 170 e destinados a nortear a atividade econômica não se aplicam ao serviço público, como é o caso da livre iniciativa, porquanto não se pode dizer que a prestação dos serviços públicos é informada por este princípio. A decisão de transferir a execução do serviço público ao setor privado é sempre do Poder Público.

Nessa linha, também não se pode aplicar ao serviço público o disposto no parágrafo único do mencionado art. 170, uma vez que todo serviço público delegado a particulares só será prestado mediante titulação, ou seja, a titularidade do serviço é sempre do Estado, e isto pelo fato de o constituinte de 1988 ter fixado um vínculo de sua presença na atividade qualificada como serviço público.

Esses serviços correspondem àquelas atividades que proporcionam um benefício material passível de utilização direta pelo cidadão, e alguns deles com caráter de essencialidade, dos quais são exemplos o serviço de gás canalizado, telefonia, energia elétrica.

É oportuno, neste ponto, com apoio em Odete Medauar⁷, dizer que a partir da Constituição Federal de 1988, fica subentendido o consentimento do Poder Público para o exercício de uma atividade submetida não às únicas leis do mercado, mas a regras de funcionamento do Estado, estando

⁷ MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e direito tributário. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços públicos e direito tributário**, p. 35.

implícita uma exigência: proteção de classes menos favorecidas e, em uma dimensão maior, proteção de toda a coletividade.

4. A Delegação de Serviços Públicos: Concessão e Permissão

Para cumprir as suas principais funções, o Estado, personalizado nos distintos entes políticos da federação, precisou buscar novas formas de organização, com vistas a assegurar o desenvolvimento de suas atividades prestacionais, sem negligenciar a manutenção do vínculo orgânico, que caracteriza a sua presença na prestação dos serviços públicos, conforme averbado linhas atrás.

Com a criação do Plano Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031/1990, substituída posteriormente pela Lei nº 9.491/1997, ficou estabelecido, de forma expressa, que: “Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei: [...] III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; [...]”.

No entanto, o conceito legal de concessão de serviços públicos pode ser extraído do art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.987/1995, *in verbis*: “II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; [...]”.

Para regulamentar e dar cumprimento ao disposto no art. 175 da Constituição Federal foi editada a Lei nº 8.987/1995, com as modificações apresentadas pela Lei nº 9.074/1995, disciplinando o regime de concessão e permissão de serviços e obras públicos.

Então, é possível afirmar, que com o advento da citada Lei nº 8.987/1995, revigora-se a importância dos regimes de concessão e permissão, como instrumentos indispensáveis à parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, com vistas à melhoria da prestação dos serviços públicos.

Tradicionalmente, entende-se a concessão como o contrato por meio do qual a Administração Pública, mantendo a

titularidade do serviço, delega a execução de serviço público por prazo determinado a outrem, o qual poderá cobrar tarifa do usuário. Há uma maior estabilidade do negócio, nesse caso, com atribuição de direitos e deveres recíprocos⁸.

Por outro lado, a permissão está prevista nos artigos 21, inc. XI e XII, e 175 da Constituição Federal e equipara-se à espécie de delegação de serviços públicos e, como ocorre com a concessão, deve ser precedida de licitação. Em nível infraconstitucional é a Lei nº 8.987/1995 que disciplina a permissão de serviço público, especificamente os artigos 2º, inc. IV, e 40, e, no que lhe for aplicável, os demais dispositivos que tratam da concessão.

Consoante as lições dos administrativistas clássicos, a natureza jurídica da permissão é de ato administrativo precário, unilateral⁹ e discricionário, mediante o qual a Administração Pública permite a execução do serviço público por particular, sendo tal ato revogável a qualquer tempo. Assim como a concessão, caracteriza-se por ser remunerada mediante tarifa e ter natureza *intuitu personae*.

Alexandre Aragão¹⁰, administrativista contemporâneo, discorre sobre a natureza jurídica da permissão e suas lições merecem ser descritas:

Após a promulgação da Constituição de 1988, antes mesmo da Lei nº 8.987/95, começou a se sustentar, contrariando a doutrina clássica, que a permissão de serviço público não seria mais um ato administrativo, mas sim um contrato, já que o art. 175 da Constituição trata as concessões e permissões de serviços públicos indiscriminadamente, dentro da mesma acepção contratual. Com isso, a permissão teria passado a

ser, tal como a concessão, um contrato.

Basta verificar que o art. 175, *caput*, e parágrafo único, inciso I da Carta Magna, alterou a natureza jurídica da permissão, outorgando-lhe cunho contratual e eliminando, em princípio, qualquer distinção que pudesse ser feita entre esta e a concessão. Mesmo uma leitura gramatical do texto, evidencia as profundas alterações produzidas na natureza jurídica da permissão. Como dito, conceituada pela doutrina, como resultante de um 'ato administrativo unilateral, discricionário e precário', a permissão, instrumentalizada por contrato de natureza especial, passou a ter, no Brasil, cunho bilateral, sendo incontroverso que a subordinação de sua existência à licitação impõe, para sua outorga, procedimento administrativo eminentemente vinculado sob o prisma constitucional, pois a alteração produzida é visceral.

Contudo, a Lei nº 8.987/1995, que foi editada para regulamentar a norma constitucional, ao que tudo indica, pôs fim à discussão travada entre os administrativistas clássicos e contemporâneos, diante da disposição inserta no art. 40, onde o legislador infraconstitucional estabelece que a permissão, como forma de delegação de serviço público, formaliza-se mediante contrato de adesão, pondo em relevo o caráter bilateral do instituto, próprio da figura do contrato.

É pertinente destacar, nesse ponto que, devido à natureza contratual conferida à permissão pelo legislador constituinte, aplicam-se-lhe as regras e as garantias instituídas para a concessão.

Oportuna se mostra, aqui, a advertência de Bacellar Filho¹¹:

Significativa é a constatação de que a delegação, como repasse, como terceirização da atividade, não lhe retira a caracterização de 'serviço público', sendo plausível que, em caso de má prestação, desvirtuamento dos objetivos ou inadimplência do agente delegado,

⁸ Novais, Elaine Cardoso de Matos. **Serviço Público e Relação de Consumo**, p. 45.

⁹ Celso Antonio Bandeira de Mello considera imprecisão técnica do legislador constituinte de 1988 conferir à permissão natureza jurídica contratual. O autor ainda critica o legislador infraconstitucional da Lei nº 8.987/1995, que teria dispensado ao instituto tratamento grotesco e teratológico. (**Curso de direito administrativo**, p. 753).

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**, p. 720.

¹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado*, p. 159-160.

o Poder Público disponha de um verdadeiro arsenal para a retomada das atividades. De suma importância, pois, que os sistemas de controle, fiscalização e normatização das atividades – por meio das Agências Reguladoras – funcionem a contento, isto é, com eficiência.

Então, agências reguladoras criadas sob o formato de autarquias, apresentam-se como um novo modelo de intervenção do Estado na economia, quando o legislador pátrio incluiu, na Lei nº 8.987/1995, art. 30, parágrafo único, posteriormente, no texto constitucional, por força da Emenda Constitucional nº 8/1995, a necessidade de criação de um órgão regulador (art. 21, inc. XI).

5. A Gênese das Agências Reguladoras

É possível afirmar que a figura da agência reguladora remonta ao direito anglo saxão, quando o governo britânico e as colônias americanas passaram a regular certos preços e serviços. No entanto, foi somente em 1820 que o Congresso dos Estados Unidos outorgou à cidade de Washington o direito de regular o preço do pão, do serviço de limpeza de chaminé e de amarra nos cais¹².

Francisco Campos¹³ relata que a cidade de RhodeIsland criou, em 1839, uma comissão reguladora, no que foi seguida por New Hampshire (1844) e por Connecticut (1853). Essas comissões, de caráter acessório e com poderes de investigação dos fatos, exerciam jurisdição apenas sobre as indústrias de construção de estradas de ferro, atendo-se tão somente às questões relativas aos níveis de segurança, porquanto não lhes competia o controle das tarifas.

Contudo, as primeiras agências reguladoras estaduais assentaram-se logo após

o início do movimento *Granger*¹⁴, e de 1871 até 1874, nos Estados de Illinois, Iowa, Minnesota e Wisconsin, foram estabelecidas comissões com autoridade de fixar tarifas máximas para prevenir discriminações e evitar a formação de cartéis entre empresas concorrentes nas estradas de ferro. No final de 1887, as leis *Granger* foram derogadas, exceto em Illinois, onde as comissões já haviam fixado padrões que foram seguidos por outros estados norte-americanos.¹⁵

Então, no início do século XX, os Estados Unidos começam a expandir o controle da regulação por meio das comissões. Francisco Campos¹⁶ delinea bem esse período:

O último processo de controle é o realizado mediante comissões. É o usado nos Estados Unidos. Esse processo teve aí o seu início em 1907. Em período anterior, o único serviço público submetido ao controle de comissões era o de estrada de ferro, havendo em grande número de Estados comissões especiais para este fim, ou *Railroad Commissions*. Em 1907, alguns Estados estenderam a jurisdição dessas comissões a todos os negócios ou serviços que nos Estados Unidos se designam *quasi public*, e tais comissões passaram a denominar-se *Public Utilities Commissions*. Primeiramente, os Estados de Wisconsin e New York criaram *Public Utilities Commissions*, com funções de controle sobre os serviços de produção e distribuição de utilidades públicas; logo em seguida, o Estado de Geórgia estendeu a competência de sua *Railroad Commission* ao controle das outras empresas de serviços públicos.
[...]

¹² A regulação dos serviços públicos tem sua origem no *common law* britânico. Cf. CINCUNEGUI, Juan De Dios. Fundamentos legales de la regulación y el control de los servicios públicos. **La Ley**. Buenos Aires, t. 1995-D, 1995, p. 1.267.

¹³ CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**, p. 138-141.

¹⁴ *O Granger Movement* foi um movimento de opinião, promovido por fazendeiros do meio-oeste norte-americano, contra os abusos das estradas de ferro em 1870, que resultou na intervenção dos legislativos estaduais, por uma ação direta, mediante verdadeiro torrencial de leis e regulamentos fixando preços e detalhes do serviço.

¹⁵ CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**, p. 138-140.

¹⁶ CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**, p. 138-140.

Assim se dilatou por todo o território americano a instituição de *Public Utilities Commissions*, de maneira que em Estados americanos tinham comissões especiais destinadas ao controle dos serviços públicos explorados ou administrados por companhias ou corporações.

Assim, paulatinamente, estendeu-se por todo o território norte-americano a instituição de *Public Utilities Commissions*, de tal forma que, em 1929, dos quarenta e sete estados em que havia comissões de utilidades públicas, apenas sete delas não tinham jurisdição sobre a indústria. A função destas comissões estendeu-se aos serviços públicos sob gestão privada, entre os quais companhias de ônibus, telégrafo, telefone, gás e eletricidade.¹⁷

Denota-se, desse breve esboço a respeito do nascimento e da evolução das agências reguladoras¹⁸, que surgiram atreladas à proteção dos direitos dos indivíduos diante dos abusos perpetrados pelas empresas privadas, que forneciam serviços de suma importância para a coletividade.

Este modelo acabou se expandindo¹⁹, notadamente devido às transformações sociais, econômicas e políticas pelas quais vêm passando os Estados nas últimas décadas, no intuito de obterem uma administração técnica

mais independente e apartada das ingerências políticas²⁰.

6. A Transformação do Papel do Estado no Brasil: o Surgimento das Agências Reguladoras

A atuação do Estado brasileiro na economia remonta a meados do século passado, período em que o Brasil contava com uma iniciativa privada incipiente e recorria à importação de produtos industrializados dos países desenvolvidos. Luis Roberto Barroso²¹ lembra que a década de 50 viveu a discussão ideológica acerca do papel do Estado, época da guerra fria, da bipolarização das doutrinas econômicas, e que nesse período convulsionado surgiram no Brasil apenas duas empresas estatais merecedoras de destaque: o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDES e a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás, que foi criada simbolicamente após ampla mobilização popular.

Decerto que o agigantamento do Estado brasileiro ocorreu a partir da década de 1960, notadamente após o governo militar de 1964, e no decorrer de toda a década de 1970, ocasião em que foram criadas mais de 300 empresas estatais: Eletrobrás, Nuclebrás, Siderbrás, entre outras²².

Fato é que, durante o período de governo dos militares, de quase 25 anos, o Brasil

¹⁷ CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**, p. 138-140.

¹⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, estudando o tema, comenta que nos Estados Unidos toda organização administrativa se resume em agências (vocábulo sinônimo de ente administrativo em nosso direito), a tal ponto que se afirma que o direito administrativo norte-americano é o direito das agências. Consigna ainda que, no sistema europeu-continentar, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma série de órgãos que integram a Administração Direta e entidades que compõem a Administração Indireta. A autora considera que esse modelo serviu de inspiração ao direito brasileiro na criação das agências. (**Direito administrativo**, p. 463).

¹⁹ Diversos países buscaram inspiração na experiência norte-americana, passando a adotar a figura dos entes reguladores. De acordo com dados do Ministério do Planejamento e Gestão, os países que possuem agências reguladoras são os seguintes: Estados Unidos, Canadá, Argentina, Dinamarca, Holanda, Brasil, Alemanha, Suíça e China.

²⁰ Um dos grandes desafios das agências reguladoras, reconhecido, inclusive, pelos Estudos do Banco Mundial, que impulsionou e justificou a criação das agências no Brasil, é o de resistir a pressões políticas no seu processo de tomada de decisões, o que abrange a edição de regulação, formação do marco regulatório e o julgamento dos casos concretos. Sugeriu, concretamente, a análise do Banco Central que os mandatos dos dirigentes da agência fosse fixado em lei; e que a mesma lei reduzisse a discricionariedade do Executivo no processo de escolha dos dirigentes, fixando a exigência de determinada qualificação técnica para os escolhidos.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (coord.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 110.

²² BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (coord.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 100.

tornou-se um país com acentuada tendência estatizante, mas a retomada da democracia, no início da década de 1980, deu azo à crítica ao modelo burocrático de administração militar, pondo em relevo a necessidade de uma reforma do Estado, que se acentuou notadamente na última década do século passado. Isto em decorrência da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente financiador do desenvolvimento econômico, diante da falta de recursos suficientes aos investimentos necessários.

Então, de acordo com Luís Roberto Barroso²³, o contexto histórico que antecede a criação das agências reguladoras no Brasil se destaca pelas reformas econômicas, que envolveram três transformações estruturais que:

[...] se complementam, mas não se confundem. São elas: (i) a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, que teve lugar com a Emenda Constitucional nº 6, de 15/08/1995; (ii) a flexibilização dos monopólios estatais, com as Emendas Constitucionais nºs 5, 8 de 15/08/1995 e 9 de 09/11/1995, que passaram a permitir a exploração pela iniciativa privada dos serviços de gás canalizado, telecomunicações, radiodifusão sonora de sons e imagens, e petróleo; (iii) privatização, que prescindiu de alteração do texto constitucional, instituída pela Lei nº 8.031 de 12/04/1990 – Lei do Programa Nacional de Privatização, posteriormente substituída pela Lei nº 9.491, de 09/09/1997.

As justificativas apresentadas pela aludida lei para a privatização de empresas públicas, possibilitaram a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades exploradas pelo setor público. Também contribuíram para a modernização da zona industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Agências Reguladoras*, p. 110.

Essa nova visão do papel do Estado adota a descentralização como estratégia e impõe: (i) a diminuição de seu tamanho, envolvendo as questões de privatização, terceirização e publicização; (ii) a recuperação da sua capacidade financeira e administrativa; (iii) a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora; (iv) o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista; e (v) o aumento da governabilidade.²⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵, discorrendo sobre o assunto, sublinha:

A idéia de privatização, tomada no seu sentido amplo, abrange todas as medidas adotadas com o fim de reduzir a presença do Estado, compreendendo: a) desmonopolização de atividades econômicas; b) a concessão de serviços públicos, com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais à empresa estatal; c) a terceirização, mediante a qual a Administração Pública busca a parceria com o setor privado, através de acordos de variados tipos; d) a desregulação, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico; e) a desestatização ou desnacionalização, com a venda de empresas estatais ao setor privado.

Com a transferência da prestação de serviços públicos ao setor privado²⁶, que antes

²⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **Os serviços públicos na Constituição Brasileira de 1988**, p. 150.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 17-19.

²⁶ “Os serviços públicos que eram prestados pelo Estado, diretamente ou por intermédio de empresas públicas ou de economia mista, passaram a ser concedidos a empresas com o capital exclusiva ou preponderantemente privado. Nesses casos, ocorreu, sobretudo, a alienação pelo Estado do controle acionário que possuía sobre as empresas concessionárias que executavam determinados serviços públicos, notadamente na área de energia elétrica e telecomunicações”. Cf. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Serviços Públicos Concedidos e Proteção do Consumidor*, Conferências do 5º. Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor. **Revista de**

eram prestados por empresas estatais, surge a necessidade de regulamentar tais atividades para proteger devidamente os interesses da coletividade de administrados.

No Brasil, as agências reguladoras surgem na década de 1990, quando o Estado adota uma postura de regulador do mercado, por encontrar-se impossibilitado de continuar prestando os serviços públicos de forma eficiente, razão que permitiu a descentralização de suas atividades, delegando-as à iniciativa privada. Neste contexto é que foram criadas as agências reguladoras, notadamente com a finalidade de fiscalizar a atuação das empresas no mercado brasileiro, zelando pelo cumprimento de todos os termos dos contratos de concessão.

De acordo com Dinorá Grotti²⁷, a partir de 1996 são criadas por lei as agências setoriais de regulação, autarquias especiais dotadas de considerável autonomia frente à Administração Pública centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*. As agências reguladoras estão vinculadas a uma particular concepção político-ideológica, que visa a impedir influências políticas sobre a regulação e a disciplina de certas atividades administrativas.

Maria D'Assunção Costa Menezello²⁸ diz que as agências reguladoras surgem como um novo modelo de intervenção do Estado na economia, de modo a permitir o controle na prestação dos serviços públicos, que passa a ser explorado pelo particular, embora com maior participação popular, em um autêntico exercício de democracia. No entanto, pondera que:

É sabido que esses novos entes administrativos sofreram muitas

críticas; no entanto, há que se valorizar o esforço desenvolvido por parte do Poder Público e dos agentes regulados para construir, com destaque, um novo instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, também poderemos defrontar-nos com a possibilidade de aperfeiçoamento dos serviços públicos, criando um novo horizonte mais promissor para todos. O dissenso sobre as agências e seu poder normativo é notório, o que propicia um reexame permanente desse órgão. [...] Sobretudo valorizamos a possibilidade jurídica de conciliar uma gestão participativa entre usuários, agentes econômicos e Poder Público, podendo haver o exercício de um controle direto ou indireto da população sobre as agências.²⁹

Ainda, conforme Arnoldo Wald e Luiza Rangel de Moraes³⁰, o Poder Público se desvencilha “[...] das tarefas de execução de obras e serviços públicos para assumir a elaboração e a execução da política regulatória de todos os setores da economia, em que as empresas estatais assumiram o papel de concessionárias de serviços públicos”.

Certo é que, hodiernamente, o Poder Público passou a concentrar a atenção na elaboração de metas de política regulatória e fiscalizatória dos diversos setores da economia, descentralizando a prestação de serviços públicos. Desenha-se, assim, no século presente, um novo papel do Estado.

Considerações Finais

No novo papel de gestor assumido pelo Estado, que passa a atuar como fiscalizador, controlador e regulador, o exercício de algumas atividades econômicas e a prestação de muitos serviços públicos foi delegada a entes privados, por meio dos institutos da concessão e permissão, que mesmo disponibilizados de forma descentralizada, permanecem sob a titularidade estatal.

Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, out./nov. 2000, p. 171.

²⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **Os serviços públicos na Constituição Brasileira de 1988**, p. 156-157.

²⁸ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 19-21.

²⁹ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**, p. 19.

³⁰ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. **Agências Reguladoras. Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 141, jan./mar.1999, p. 143.

As agências reguladoras aparecem no cenário brasileiro justamente quando o Estado adota a postura de regulador, notadamente diante da dificuldade em continuar prestando serviços públicos de forma adequada, eficaz e contínua, haja vista a falta de recursos financeiros, diante da crescente demanda da coletividade decorrente sobretudo do modelo mundial de globalização.

Mesmo diante desta nova configuração o Estado não deixa de fiscalizar a atuação das empresas no mercado brasileiro, pois lhe compete, acima de tudo, garantir a continuidade daqueles serviços com caráter de essencialidade, usufruídos individualmente pelos cidadãos mediante o pagamento de tarifa e necessários ao bem estar de toda a coletividade. Nesse contexto, as agências reguladoras assumem o papel indispensável na manutenção do equilíbrio nas relações travadas entre o Poder Público, os delegatários e os usuários dos serviços públicos.

Não obstante abalizadas opiniões em contrário, de que com o advento das agências reguladoras haveria a possibilidade de aperfeiçoamento dos serviços públicos, após quase duas décadas do surgimento desses

novos entes administrativos, como órgãos fiscalizadores e reguladores, percebe-se que ainda não estão atuando de forma efetiva. Esse fato é revelado pela insatisfação de muitos consumidores quanto a qualidade do serviço oferecido, ao apresentarem suas reclamações à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON – e pela falta de controle do Poder Público para fiscalizar a qualidade do atendimento dispensado pelas empresas aos usuários dos serviços públicos delegados.

Na atualidade, não se pode olvidar que compete ao Estado manter um controle mais eficaz das atividades das agências e mais rigor na fiscalização e escolha dos seus dirigentes e funcionários, para evitar a preponderância do interesse privado dos concessionários e permissionários sobre o interesse da coletividade, principalmente quando está em jogo a proteção dos usuários de serviços públicos, uma vez que muitos deles estão atrelados à dignidade da pessoa humana, postulado disposto no art. 1º. inc. III, da Constituição Federal.\ s

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, n. 107, ano XXIX, p. 155-167, dez. 2009.

CAMPOS. Francisco. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1949.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **Os serviços públicos na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEDAUAR, Odete. Serviço público. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, v. 189, p. 110-113, jul./set. 1992.

_____. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Nova crise do serviço público? In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (Coords.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 527-538.

_____. Ainda existe serviço público? In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 29-39.

_____. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATOS NOVAIS, Elaine Cardoso de. **Serviços Públicos e Relação de Consumo**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Serviços públicos concedidos e a proteção do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, out./nov. 2000.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 141, jan./mar. 1999.

MORATO, Antonio Carlos. **Direito à Voz: Reflexões sobre sua Proteção no âmbito da Sociedade da Informação**. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). O Direito na Sociedade da Informação I. São Paulo: Atlas, 2007, p. 159-175.

MORATO, Antonio Carlos. **Direito de Autor em Obra Coletiva**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Edição. 17ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.

PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação I**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROSSINI, Augusto. **Informática, Telemática e Direito Penal**. 1ª Edição. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

RESUMO

Ha possibilidade de subsunção de algumas das modalidades de contratos telemáticos de *crowdfunding* na conceituação de valor mobiliário para os efeitos do inciso IX do artigo 2º da Lei 6.385/76, pois sempre que *títulos ou contratos ofertados publicamente gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advenham do esforço do empreendedor ou de terceiros, tais títulos ou contratos de investimento coletivo serão tipificados como valores mobiliários, e, portanto, estarão submetidos às regras da Lei nº 6.385/76, e ao Poder de Polícia da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.* Porém, tal subsunção, de fato, parece não ocorrer em todas as *quatro* modalidades de *crowdfunding* atualmente identificadas. Por não serem todos os contratos telemáticos de *crowdfunding* iguais, impõe-se a análise casuística por parte dos reguladores e autorreguladores do mercado.

Palavras-chave: Crowdfunding. Valores Mobiliários. Oferta pública. Contratos Telemáticos.

ABSTRACT

Its possible see the new internet contract “crowdfunding” under federal securities law, IX, 2º article, Law nº6.385/76. Just some kinds of “crowdfunding”, but not all, involves selling securities, triggering the registration requirements of the brazilian Law 6.385/76. Just because kinds of crowdfunding are not the same thing, must be consider that some kind of them must be checked by the regulators and by self regulators, just to check if securities are being offerings by these new internet contract named “crowdfunding”.

Keywords: Crowdfunding.

* A Autora é Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professora de Direito Comercial e da Pós-Graduação da FMU. Professora do Programa de Educação Continuada da Direito GV. Professora de cursos de Pós-Graduação da ESA/SP. Procuradora Federal lotada na C.V.M.

Introdução

Já houve oportunidade de tentar-se desmistificar o alcance do conceito de valor mobiliário, por meio do parecer nº14/2005 da procuradoria federal especializada da CVM, e acerca de tal tema: “conceito de valor mobiliário”, frise-se, já houve manifestação¹ no seguinte sentido:

A legislação brasileira não conceitua o que sejam valores mobiliários. Em vez de elaborar um conceito para definir valores mobiliários, o legislador brasileiro houve por bem listar os títulos ou papéis que deveriam ser entendidos como tal. Nesse sentido é o art. 2º da Lei 6.385, de 07.12.76

Conclui-se que a legislação brasileira espelhou-se na legislação norte-americana, na maneira pela qual preferiu definir os tipos considerados valores mobiliários a tentar fornecer uma noção propriamente jurídica para tais papéis. Com efeito, o direito norte-americano não conceitua o que sejam valores mobiliários, mas, em vez disso, enumera, numa tentativa de abarcar o maior número possível de tipos, todas as fatispécies que devem ser entendidas como tal.

Assim, nos Estados Unidos, onde valores mobiliários recebem a denominação de securities, a legislação define valor mobiliário como "... toda nota, ação, ação em tesouraria, obrigação, debênture, comprovante de dívida, certificado de participação em qualquer contrato de participação de lucro, certificado de depósito em garantia, parte de fundador, boletim de subscrição, ação transferível, contrato de investimento, certificado de transferência de direito de voto, certificado de depósito de uma security, co-propriedade de direitos em minas, jazidas de

petróleo ou, em geral, todo direito ou participação conhecido como security, ou ainda todo certificado de participação ou interesse, permanente ou temporário, recibo, garantia, direito de subscrição ou opção referentes aos títulos e valores acima mencionados" (Section 2 (1) do Securities Act, de 1933)².

Já no direito europeu é possível afirmar que, de maneira geral, pode-se encontrar um conceito elaborado de valores mobiliários, não obstante a denominação e a abrangência desta expressão variarem conforme o país. Na Europa, a aceção do termo valores mobiliários é, no geral, bem mais limitada do que nos Estados Unidos, sendo a idéia normalmente associada a títulos emitidos por sociedade anônima. Assim, cabe observar que, não obstante a principal influência no modelo regulamentar do mercado de capitais adotado pela legislação brasileira tenha vindo da legislação federal de títulos norte-americana, a influência do direito europeu é marcante no que diz respeito à limitação da amplitude do conceito de valores mobiliários, tal como definido pela Lei n.º 6.385/76³.

²Conforme observa Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "Longe, pois, de fornecer a "essência" do conceito de 'security', o legislador se limita a enumerar, exemplificativamente, tipos que partilhariam de uma essência comum, de resto deixada indefinida" (in LEÃES, Luiz Gastão Paes de. O conceito de "security" no direito norte-americano, e o conceito análogo no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 15, p. 44, 1974).

³Neste sentido, o Professor Arnaldo Wald observa que "... o conceito de valor mobiliário, nos países europeus, particularmente na França, apresenta um alcance bem mais limitado, referindo-se basicamente aos títulos emitidos por sociedades anônimas e aptos a serem negociados publicamente. (...) Podemos concluir, então, que no direito positivo brasileiro, nesse particular influenciado fortemente pelo sistema legal francês, são considerados valores mobiliários os títulos emitidos pelas sociedades anônimas (com exceção do certificado de depósito de valores mobiliários) destinados à negociação pública, em bolsa de valores ou em mercado de balcão." (in WALD, Arnaldo. O mercado futuro de índices e os valores mobiliários. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 57, p. 11 e 15, 1985).

¹ Tal manifestação foi também descortinada em artigo da autora publicado pela Saraiva, na obra Sociedade Anônima da série *GVLaw*, em artigo intitulado "Das ações das sociedades anônimas como originadoras de outros valores mobiliários"

A Lei n.º 6.385/76 não elaborou, portanto, um conceito para os valores mobiliários, definindo, pelo critério de sua **enumeração**, os papéis que devem receber esta qualificação. Conforme se depreende do que foi dito e repetido no parágrafo acima, no direito brasileiro, a concepção de valores mobiliários era, antes da reforma introduzida pela Lei n.º 10.303/2001, bastante limitada e necessariamente associada a títulos de emissão de sociedade anônima.

Ocorre que essa forma de caracterização dos valores mobiliários tem se revelado **claramente insuficiente** no que se refere à tutela dos investidores no mercado em geral, desprovidos de proteção normativa, caso o objeto de suas aplicações não possa ser considerado valor mobiliário pela CVM.

Para o professor Rubens Requião,⁴ são valores mobiliários, “*todos os papéis emitidos pelas sociedades anônimas para a captação de recursos financeiros no mercado.*” Há muito tempo, *permissa vênia*, esta definição não se coaduna com a realidade do mercado de capitais e de valores mobiliários brasileiro, em franca época de emissões de valores mobiliários com fulcro na Instrução CVM 476 (emissões com esforços restritos por parte de emissores que podem não ser sociedades anônimas).

Lembre-se, portanto, que o legislador brasileiro não fixou em *numerus clausus*, mas em *numerus apertus* o elenco dos valores mobiliários. Tanto assim que, posteriormente à edição da Lei 6.385/76, foram várias as Resoluções e outros textos normativos que ampliaram aquele elenco, originalmente estabelecido no art. 2.º daquele diploma legal de 1976.

Vale lembrar a histórica Medida Provisória n.º 1.637, de 08.01.1998⁵,

⁴REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 27.

⁵Em sua exposição de motivos, explicou-se que a MP 1637/98 “... visa ampliar a competência normativa e fiscalizadora da Comissão de Valores Mobiliários - CVM no que diz respeito às relações entre investidores e captadores de poupança popular através de novos instrumentos de investimento, que não estão hoje submetidos à adequada regulação estatal” (Exposição de Motivos do Ministério da Fazenda n.º 712, de 09.1.97, que originou a Mensagem ao Congresso Nacional n.º 37/98 (n.º 31/98, na origem)).

posteriormente convertida na MP 1.742/99 que foi justamente editada para incluir contratos de investimento coletivo no rol dos tipos passíveis de classificação como valor mobiliário no direito brasileiro para os fins de jurisdição da CVM. De acordo com o art. 1.º da MP n.º 1.742/99: “Constituem valores mobiliários, sujeitos ao regime da Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, quando ofertados publicamente, os títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros”.

Com efeito, em virtude da edição da Medida Provisória em tela, o conceito de valores mobiliários, restou, finalmente, **ampliado** para considerar como valores mobiliários *títulos negociáveis em massa, emitidos em série, por sociedades anônimas abertas ou não, mediante registro da emissão na Comissão de Valores Mobiliários, fungíveis ou não, suscetíveis de negociação em bolsas de valores ou mercado de balcão, com cotação nos respectivos mercados, arrolados no artigo 2º da Lei n.º 6.385/76, como valores mobiliários, cujo rol pode ser acrescido de quaisquer títulos ou contratos de investimento coletivo, quando ofertados publicamente, que gerem direito de participação, de parceria ou remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços do próprio empreendedor ou de terceiro.*

Hoje, são valores mobiliários sujeitos à jurisdição da CVM brasileira aqueles que estão declinados nos incisos **do artigo 2º da Lei n.º 6.385/76**, salvo o inciso IX que trouxe uma grande inovação e contempla, além daqueles que já haviam sido criados pelo Conselho Monetário Nacional, “quaisquer outros títulos ou contratos quando ofertados publicamente e que gerem direito de participação de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiro”. Incorporou-se, pois, ao conceito de valor mobiliário o *contrato de investimento coletivo advindo da Medida Provisória declinada, de n.º 1637*. Nesse passo, vale lembrar que os derivativos, os contratos futuro e as cotas de fundo de investimento, em geral,

ainda são grandes novidades na atual redação do artigo 2º da Lei 6.385/76, posto que **somente após o advento da Lei nº 10.303/01** que a modificou foram eles considerados valores mobiliários.

Deduz-se, pois, que a grande problemática ainda hoje existente, é que a legislação brasileira **não conceitua o que sejam valores mobiliários**. Como já foi destacado em diversas outras oportunidades, em vez de elaborar um conceito para definir valores mobiliários, o legislador brasileiro houve por bem **listar** os títulos ou papéis que devem ser entendidos como tal.

Assim, o atual art. 2º da Lei 6.385, de 07.12.76, dispõe, hoje, de forma clara, quais os títulos de crédito ou contratos que podem ser considerados valores mobiliários, diferentemente da redação antiga (anterior à Lei n.º 10.303/01) que apenas exemplificava alguns títulos ou contratos e deixava a critério do Conselho Monetário Nacional a definição de outros.

A atual redação dada ao art. 2º da Lei n.º 6.385/76 pela Lei 10.303/01, dispõe serem valores mobiliários sujeitos ao seu regime: as ações, as debêntures e os bônus de subscrição; os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários acima mencionados; os certificados de depósito de valores mobiliários; as cédulas de debêntures; as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; as notas comerciais; os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e, quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

Portanto, conforme já dito em outras oportunidades, inexistindo conceito legal do que sejam valores mobiliários, parece-nos que a CVM poderia recepcionar o inciso IX como a própria conceituação da expressão, a fim de que a Autarquia – CVM possa desempenhar a

função que lhe foi atribuída pela Lei 6385/76, qual seja: a de colocar, dentro do campo de abrangência de sua atuação, outros títulos emitidos por sociedades anônimas ou não, diferentes daqueles já mencionados na lei conforme o fenômeno da subsunção dos contratos ofertados publicamente.

A nosso sentir, recepcionar a conceituação do próprio inciso IX do artigo 2º para todos os demais valores mobiliários eventualmente existentes, contribuiria, efetivamente, para evitar que haja confusão na tipificação como valor mobiliário de um título ou contrato qualquer que não possua as características a eles inerentes.

Uma vez feitas estas considerações introdutórias, passemos à análise da espécie de contrato mercantil telemático de “*crowdfunding*” que poderia, em tese, subsumir-se como valor mobiliário, conforme ora descortinado, para que possa existir no direito brasileiro como tal e vir a ser utilizado na captação de recursos oriundos de poupança popular.

2. Do Contrato Telemático de Crowdfunding e sua Possível Subsunção ao Conceito de Valor Mobiliário do Artigo 2º da Lei 6.385/76

Lembre-se que consoante lições de ROBERTO QUIROGA MOSQUERA⁶, entre os princípios que regem o denominado Direito do Mercado Financeiro e de Capitais, merecem atenção, para a execução do presente artigo, os princípios da proteção da economia popular e da proteção da transparência de informações.

De acordo com CHEDIAK⁷ e diversos outros juristas, lembre-se que a evolução do conceito de valor mobiliário no Brasil foi feita com extremo zelo. Já o antigo art. 2º da Lei n.º 4.728, de 9 de dezembro de 1965, se referia

⁶ Cf. MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 1998. p. 17-24.

⁷ Cf. CHEDIAK, Julian Fonseca Peña. A reforma do mercado de valores mobiliários. In: LOBO, Jorge; KANDIR, Antonio (Coords.). **Reforma da Lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n. 10.303, de 31.10.2001**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 533-538.

aos valores mobiliários, mas, frise-se, nunca chegou a conceituá-los. Esclarece o autor que não obstante alguns autores sustentarem que o Brasil adotou o sistema estadunidense – em razão de se manter a competência residual do Banco Central – o legislador de 1976, ao menos no que diz respeito à competência da Comissão de Valores Mobiliários, optou pelo sistema europeu, enumerando quais seriam os valores mobiliários cuja emissão e negociação estariam sujeitos ao novo regime.

Isso se alterou, conforme já restou dito, com a Medida Provisória nº 1.637, de 8 de janeiro de 1998, posteriormente transformada na Lei nº **10.198, de 14 de fevereiro de 2001, a partir da qual o ordenamento brasileiro transpôs para o nosso mercado o sistema estadunidense.** Com efeito, a partir daí, os **chamados títulos ou contratos de investimento coletivo** passaram a ser tratados como valores mobiliários, definidos pela lei como aqueles “...que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros”. Verifica-se, pois, que a definição do contrato de investimento coletivo se confundiria com uma possível definição para um valor mobiliário, motivo pelo qual o conceito de valor mobiliário no ordenamento jurídico brasileiro, após a edição da Medida Provisória 1.637, tornou-se basicamente quase o mesmo que o conceito de *security* no ordenamento estadunidense.

A problemática de encontrar uma definição para algumas modalidades de contratos telemáticos de **crowdfunding** trará, certamente, nova celeuma para a conceituação de valor mobiliário. Além disso, sempre que títulos ou contratos ofertados publicamente gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros, tais títulos ou contratos serão valores mobiliários e, portanto sujeitos às regras da Lei nº 6.385/76, e à jurisdição da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, nos termos do inciso IX do artigo 2º da Lei em tela.

Lembre-se que a necessidade de ser conhecida a *estrutura técnica* e a *função*

econômica do instituto jurídico que se pretende estudar já era ressaltada por Vivante. Dizia o mestre, então:

Aos estudantes e estudiosos — já que as duas palavras⁸ não são sempre sinônimas — que amiúde me pedem conselhos e sugestão de temas para as suas dissertações, não posso orientá-los senão pelo método seguido por mim. **Não se aventurem a uma análise jurídica sem conhecerem a fundo a estrutura técnica e a função econômica do instituto que é objeto de seus estudos.**” Grifou-se.

Para o professor Newton De Lucca, os contratos telemáticos não se confundem com os contratos informáticos, posto que:

Contrato informático é o negócio jurídico bilateral que tem por objeto bens ou serviços relacionados à ciência da computação.

Contrato telemático, por sua vez, é o negócio jurídico bilateral que tem o computador e uma rede de comunicação como suportes básicos para sua celebração.” (Grifou-se).

A palavra de origem inglesa “crowdfunding” significa “**financiamento pela multidão**”. Várias pessoas são convidadas a celebrar contrato telemático, contribuindo com “pequenas” quantias, de maneira colaborativa, com o escopo de viabilizar um projeto, negócio, show, espetáculo, etc.

Para a Wikipédia, a qual é bom que se diga, já é uma enciclopédia “**crowd**”, assevera ser o *crowdfunding* uma ação de cooperação coletiva realizada por pessoas que contribuem financeiramente, usualmente via internet, para apoiar iniciativas de outras pessoas ou organizações. Traduzindo seria “financiamento pela multidão”

Resta, pois, descortinado que o crowdfunding (o financiamento pelas multidões) é antes de tudo, contrato telemático, pois é negócio jurídico bilateral,

⁸ DE LUCCA, Newton. *In Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. Editora Saraiva. 2003. Página 33.

mercantil, oneroso e que se utiliza do computador e de uma rede de comunicação como suporte básico para a sua celebração. Contudo, tal contrato é sempre ofertado publicamente e tem por escopo a captação de poupança popular, razão pela qual é necessária a presença do Poder Público de molde a assegurar que tal captação de poupança popular não ocorra de maneira fraudulenta ou desleal. Restaria, nesse passo, uma análise não só da estrutura contratual deste contrato telemático mas também da função do instituto do crowdfunding para concluir qual seria o Poder Público competente para regular e disciplinar tal contrato telemático.

Verifique-se, por exemplo, portanto apenas a título de ilustração, o *site* www.queremos.com.br que está voltado para ação organizada, para a mobilização de diversas pessoas com contribuições individuais a fim de permitir a viabilização de determinada iniciativa cultural, esportiva, etc.

Lembre-se, nesse passo, que o direito estadunidense saiu na frente e já iniciou a regulação do contrato telemático em tela de *crowdfunding*.

No Brasil, em razão do histórico ora descortinado, acerca da criação e evolução dos valores mobiliários, salvo melhor juízo, cumpriria à CVM - Comissão de Valores Mobiliários, analisar casuisticamente. Posto que não haveria como afirmar, em tese, que todo e qualquer contrato telemático de crowdfunding não será, ou será considerado um valor mobiliário, para os efeitos de competência da autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda incumbida de regular e fiscalizar os valores mobiliários arrolados no artigo 2º da Lei 6.385/76, a CVM.

No âmbito da CVM estadunidense, a Securities and Exchange Commission - SEC, **já houve alguma regulação** do contrato telemático de *crowdfunding*. Fóruns de debates foram instaurados com o escopo de entender e regular este tipo de captação de poupança popular por meio da internet.

C. Esteven Bradford doutrinador estadunidense ⁹ identificou, basicamente,

quatro modelos ou espécies de contratos telemáticos de crowdfunding, a saber:

- a. *The Donation Model* que seria uma espécie de contrato para coleta de doações, e, restou descortinado que insofismavelmente nesta espécie não há oferta de qualquer tipo de valor mobiliário, posto que aos doadores nada é prometido e não há qualquer tipo de remuneração ou recebimento de qualquer bem ou serviço. Um bom exemplo de “crowdfunding” desta modalidade foi a estrutura montada pelo atual presidente dos Estados Unidos para a sua campanha presidencial.
- b. *The Reward and Pre-Purchase Models*: para esta modalidade também restou descortinada a impossibilidade de oferta de valor mobiliário na medida em que tais contratos telemáticos não sinalizam com nenhuma espécie de lucro ou remuneração, pois não há sinais de investimento deste tipo de contrato, mas sim de consumo. Os contratantes celebram os contratos telemáticos não com o objetivo lucro ou juros, mas com o objetivo de adquirir tão só algum bem, produto ou serviço tais como shows, CDs, eventos circenses, espetáculos, etc.
- c. *The Equity Model*: para esta modalidade existiria, usualmente a oferta de valor mobiliário, pois o contrato telemático pode ser ofertado publicamente e os contratantes o celebram mediante pagamento em dinheiro **em troca de algum documento que garanta algum tipo de juros ou remuneração em relação a algum empreendimento**. Mas nesta hipótese o contratante investiria, por exemplo, R\$1.000,00 (um mil reais) objetivando o recebimento de

⁹ Texto disponível em [HTTP://ssrn.com/abstract=1916184](http://ssrn.com/abstract=1916184). Acessado em 14.02.2012 às 11:35hs.

R\$1.250,00 (um mil duzentos e cinquenta reais) quando o empreendimento fosse concretizado. Porém, caso o contratante celebre tal contrato telemático com o pagamento de, por exemplo R\$1.000,00 (um mil reais) para viabilizar um determinado empreendimento e receba ao final tão só os mesmos R\$1.000,00 (um mil reais) de volta, tal contrato telemático, ainda que ofertado publicamente para captar poupança popular não será valor mobiliário, **na medida em que não há expectativa de lucro ou juros por parte dos contratantes internautas, existiria, tão só, um esforço coletivo para a realização de determinado empreendimento.**

- d. *The Lending Model*, este seria o mais árduo de todos os modelos de contratos telemáticos de *crowdfunding* para identificá-lo como valor mobiliário, pois neste tipo de contrato os contratantes internautas esperam receber algum tipo de retorno, seja lucro, seja juros, seja participação no rateio do empreendimento.

Tais modalidades identificadas podem ser traduzidas livremente como:

- a. **Modalidade Doação;** esta modalidade não há como caracterizar-se como valor mobiliário, pois não está presente nenhuma das características deste instituto conforme descortinado no introito do presente parecer.
- b. **Modalidade Recompensa;** esta modalidade também, a nosso sentir, não há como subsumir-se no conceito de valor mobiliário para os efeitos do artigo 2º da Lei 6.385/76, pois o contratante não possui na contratação nenhuma intenção de receber qualquer tipo de remuneração, lucro, juros, etc. O contratante apenas participa

com o escopo de viabilizar um empreendimento, show, CD, produto, serviço do qual irá apenas participar, mas não terá o condão de propiciar nenhum tipo de renda ao contratante;

- c. **Modalidade Empréstimo,** esta modalidade pode ser dividida em duas outras: Empréstimo **com promessa de juros ou outro tipo de remuneração** e **sem promessa de juros ou qualquer outro tipo de remuneração**; Se houver a promessa de juros ou qualquer outro tipo de rateio de lucros ou remuneração esta modalidade **poderá** subsumir-se no conceito de valor mobiliário para os efeitos do artigo 2º da Lei 6.385/76;
- d. **Modalidade de Participação,** esta modalidade está relacionada com uma atividade, por exemplo, produção de um show, CD de música, ou outro produto. Esta modalidade seria a mais árdua para se identificar se a participação do contratante está realmente limitada a pagar apenas para participar do evento ou da realização do bem ou serviço, sem qualquer intuito lucrativo. Caso a participação do contratante tenha como contraprestação apenas a entrega de um bem, produto ou serviço, tal contrato telemático não será tipificado como valor mobiliário. Contudo, ao contrário: se além da participação, houver qualquer promessa no sentido de participação também nos lucros ou, em eventual “sobra” de recursos do empreendimento escopo do contrato, com juros ou ainda com promessa de qualquer tipo de vantagem pecuniária **poderá** haver a subsunção deste contrato telemático no inciso IX do artigo 2º da Lei 6.385/76.

Considerações Finais

Posto isso, cumpriria concluir: **não é todo** e qualquer contrato telemático de *crowdfunding* que, quando ofertado publicamente por meio da *internet*, se subsumiria na **modalidade de recompensa**, e, portanto, *não se tipificaria como um valor mobiliário* posto que na maioria dos contratos telemáticos hoje detectados constata-se que o objetivo, a função do contrato em tela é viabilizar alguns shows, eventos sem qualquer promessa de lucro ou qualquer outro tipo de remuneração. A análise ainda que breve das demais modalidades faz-se necessária para que estudos científicos possam surgir de molde a

sustentar uma possível subsunção do contrato telemático de *crowdfunding* como um valor mobiliário para os fins do artigo 2º da Lei 6.385/76. Tal análise deve ser, portanto, casuística, até porque existem algumas modalidades para este tipo de contratação que podem no futuro afetar, impactar as pequenas IPOs (Ofertas Públicas de valores mobiliários). Afinal torna-se mais fácil captar poupança popular por meio da *internet* sem qualquer custo de registro ou fiscalização a captar no mercado capitais, em mercado de bolsa ou balcão, com todos os custos a eles inerentes.

REFERÊNCIAS

- BRADFORD, C. Esteven . Texto disponível em <http://ssrn.com/abstract=1916184>. Acessado em 14.02.2012 às 11:35hs
- CHEDIAK, Julian Fonseca Peña. A reforma do mercado de valores mobiliários. In LOBO, Jorge; KANDIR, Antonio (Coords). **Reforma da Lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n.10.303, de 31.10.2001.2.ed.** Rio de Janeiro. P.533/538. Forense. 2002.
- DE LUCCA, Newton. In **Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática**. São Paulo. Editora Saraiva. P. 33. 2003.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O Conceito de “security” no direito norte-americano, e o conceito análogo no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.15, p.44, 1974.
- WALD, Arnaldo. O mercado futuro de índices e os valores mobiliários. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.57, p.11 e 15. 1985.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. São Paulo. Dialética. P. 17-24. 1998.
- NAJJARIAN NORONHA, Ilene Patrícia. Das ações como originadoras de outros valores mobiliários. In FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (Coords). Série GVLaw. **Sociedade Anônima**. São Paulo. Pág. 135/175. 2007.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 9ª Edição. São Paulo. Saraiva. V.2, pág.27.

RESUMO

A excelência do tratamento condigno da pessoa humana do preso policial militar, do Estado de São Paulo, no Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”, certo do cumprimento dos dispositivos constitucionais e outras normas de Execução Penal, aplicadas nele para o policial militar e ex-policial militar, que ao longo dos tempos fez deste presídio um modelo carcerário dentre outros estabelecimentos prisionais, obtendo a Certificação ISO 9001:2000. Inicia-se com o histórico da criação e instituição de Presídio no Brasil e o Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”, em 1927, com a denominação em homenagem ao Coronel Dr. Romão Gomes, o primeiro militar Juiz do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Esclareceremos os institutos penais aplicados, bem como as atividades laboroterápicas para a ressocialização. Os resultados estão claros no cotidiano Castrense, mas nem tanto para a sociedade civil.

Palavras-chave: Dignidade. Laborterapia. Reeducando. Ressocialização. Romão Gomes.

ABSTRACT

The excellence of the humane treatment of the human person of the prisoner military police, the State of São Paulo, in prison of the Military Police "Romão Gomes", some of the completion of constitutional provisions and other standards of criminal enforcement, applied it to the military police and ex-military police, which over time has made this jail a model prison among other prisons, obtaining the certification ISO 9001:2000. It starts with the history of creation and imposition of Prison in Brazil and the prison of the Military Police "Romão Gomes", in 1927, with the name in tribute to Colonel Dr. Romão Gomes, the first military judge of the Court of Military Justice of the State of São Paulo. We will clarify the institutes criminal applied, as well as the activities works therapy for the resocialization. The results are clear in the daily Military Quarter, but not so for civil society.

Keywords Dignity. Work therapy. Reeducating. Return sociability. Romão Gomes.

* Capitão do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo; Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie e em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública; Especialista em Criminologia, Didática do Ensino Superior e Direitos Humanos; Mestre em Direitos Humanos pelo UNIFIEO e Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública; Doutorando em Direito pela PUC/SP; e Professor do curso de Direito da UniFMU e da USF/SP.

** 2º Sargento de Polícia Militar do Estado de São Paulo; Bacharel em Direito pela Universidade São Francisco; Tecnólogo em Polícia Ostensivo e Preservação da Ordem Pública I e II.

Introdução

Este texto tem por objetivo demonstrar os trabalhos realizados pelo Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes” ao longo dessas décadas, desde sua instituição, justamente pelo zelo e respeito à dignidade da pessoa humana do preso, de qualquer espécie, que tenha dado entrada em sua carceragem, e que com o rigor disciplinar da aplicação de normas de execuções penais brasileiras, aliadas aos princípios fundamentais de Direitos Humanos, é comprovadamente possível ao reeducando retornar à sociedade de onde veio, sem qualquer intensão de cometer novas infrações penais.

Nessa linha será exposto o contexto histórico da criação do sistema prisional no Brasil e do atual Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”, que se iniciou em 1927, na cidade de Presidente Wenceslau, suas fases de transformações, bem como, não poderíamos deixar de falar, sobre o nome que recebe o Presídio da Polícia Militar do Estado de São Paulo em homenagem ao Coronel Dr. Romão Gomes, que devido sua vasta experiência jurídica militar, foi o primeiro militar Juiz do Tribunal de Justiça Militar.

Para o cumprimento de sua natureza jurídica tem-se a aplicação do Regimento Interno de Execução Penal do Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”, bem como o Código Penal, o Código de Processo Penal, no que couberem, a Lei de Execução Penal, e os Códigos Castrenses, alinhados aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana da Lei Maior.

A realização de trabalhos e fiscalização dos reeducandos, por meio da laborterapia, estudos e a ressocialização, como objetivo principal na Execução Penal.

Será exposto também as conquistas das Certificações ISO 9001:2008 e o Prêmio Nacional Gestão Banas®, conferidos ao Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”.

Finalmente concluiremos este artigo como forma de divulgação da realidade vivida entre as cercas de um presídio sem muralhas, que trata a pessoa do preso com a dignidade da pessoa humana, com a aplicação das normas de execuções penais e o cumprimento da

finalidade jurídica do presídio, a fim de que todo o trabalho realizado possa servir de exemplo a ser seguido por todas as outras penitenciárias do Estado, pelo menos, quicá por outros Estados, nacional e alienígena.

1. Histórico

1.1. Instituição do Sistema Prisional no Brasil

A base da criação do sistema prisional no Brasil foi a construção da primeira prisão brasileira, no Rio de Janeiro, à época capital do Brasil, a “Casa de Correção da Côrte ou Casa de Detenção do Districto Federal” [*sic*] (PEDROSO, 2003, p. 61 e 231), por determinação da Carta Régia do Brasil, de 08 de julho de 1769, ainda que já houvesse no Brasil Colônia a característica de país para depósito de todos aqueles que deviam pagar penitência por seus pecados (crimes) cometidos no Império Português (PEDROSO, 2003, p. 91), entre os séculos XVI e XVII.

Passado pouco mais de cinco décadas, então, a Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824, dispõe em seu art. 179, inc. XXI que “As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes” [*sic*], logo, dessa forma podemos extrair, desse texto constitucional, que já tínhamos então a separação celular, por tipo de crime e penas impostas. Separado especialmente citamos a segunda parte do inc. X, do mesmo artigo:

X [...]

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não compreende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo. [*sic*] (BRASIL, 1824).

Podemos perceber então deste inc. X, no que compreende as Ordenanças Militares, é

que temos na nossa realidade a figura dos militares, propriamente dito, tratado desde então, com diferença constitucional.

1.2. Criação e Instituição do Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes” e Homenagem ao Coronel Dr. Romão Gomes

Com base na disposição constitucional de 1824, logo havia a necessidade de se construir um estabelecimento exclusivo para o corpo das Ordenanças Militares, o que para o Estado de São Paulo se deu, após um século, com a criação do Primeiro Presídio Militar, em 02 de abril de 1927, conforme publicação inserta no Boletim Geral nº 84 do mesmo ano, cujo texto segue *in verbis*:

Atendendo ao número sempre crescente de praças sentenciadas e por sentenciar de todos os corpos, cujas prisões não as comportam, além do grave inconveniente que isso traz a saúde dos detentos, e como existe local apropriado em Presidente Wenceslau no Quartel 2º R.C., cuja construção foi iniciada. Fica aquele edifício transformado em Presídio Militar, para as praças condenadas por crime de deserção, as quais devem ser para lá enviadas logo após a publicação da sentença.

No mesmo ano de 1927 foi criado o Depósito de Presos da Força Pública, pelo Boletim Geral nº 231, de 21 de outubro, com a seguinte inauguração:

Fica creado o Depósito de presos da Força Pública, na internada do Barro Branco.

As praças presas pelo crime de deserção e outros, a juízo da autoridade competente, serão para ali enviadas para os efeitos dos artigos 154 e 232 §2º do regulamento da Força Pública.

As praças desertoras, no dia imediato ao da reinclusão, serão apresentadas, pelos respectivos corpos, ao senhor comandante do 1º Regimento de Cavalaria, a cuja Unidade ficarão addidas para efeito de rancho e disciplina e, no mesmo dia recolhidas ao Depósito.

As condenadas há 4 meses de prisão, depois de publicada a sentença, serão enviadas para o Quartel do 2º Regimento de Cavalaria, em Presidente Wenceslau.

O depósito de presos do Barro Branco, ficará a cargo de um oficial, do 1º R.C.[sic]

Em 1930 é dissolvido o Presídio Militar de Presidente Wenceslau, permanecendo apenas o Depósito de Presos do Barro Branco, que no dia 21 de abril de 1949 foi inaugurado provisória e oficialmente com o nome de Presídio Militar Romão Gomes, pois suas instalações eram precárias por demais, por ter sido instalada numa infraestrutura de dois barracões que serviam como depósito de alfafa, do Destacamento de Cavalaria, que devido ao fato da precariedade das instalações foram criados xadrezes no Regimento de Cavalaria “9 de Julho”, destinados à Subseção Correccional (SÃO PAULO, PMESP).

O Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes” (PMRG) recebe este nome em homenagem ao Cel *post mortem* Dr. Romão Gomes e mantém suas estruturas da mesma forma como fora construído, passando por diversas reformas, devido ao aumento da população carcerária, como um reflexo do aumento proporcional do efetivo, além da criação de uma ala para policiais militares do sexo feminino, que até meados do primeiro semestre de 2004, quando necessário, ficavam presas nos xadrezes do 2º Batalhão de Policiamento de Choque.

Romão Gomes ficou conhecido como guerreiro invicto e grande comandante no curso do movimento constitucionalista, ao mesmo tempo em que se bacharelava em direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco, recusando-se a reconhecer os termos do armistício com a ditadura, foi exilado para Portugal, retornando após quase um ano, sendo indultado. Após seu exílio, cercado da mística de guerreiro invicto foi eleito Deputado Estadual, em 1935 (A FORÇA POLICIAL, nº 55/2007, p. 3-4).

Exerceu funções de consultor jurídico da Força Pública e foi o primeiro militar a exercer a judicatura no Tribunal de Justiça Militar do

Estado de São Paulo, na sua inauguração de 1937. Como militar, Romão Gomes destacou-se por sua bravura, como juiz honrou e dignificou a toga.

2 Institutos Penais Aplicados ao Pmrg

No que diz respeito aos institutos penais aplicados ao PMRG, mas não somente a ele, o Estado pode empregar medidas de Política Criminal que melhor lhe convier, “na pretensão de incidir sobre as atitudes delitivas de condutas marginalizadas, sendo certo que muitas dessas políticas são mais eficazes que o próprio recurso do Direito Penal” (BUSATO e HUAPAYA, 2007, p. 16).

Através de estudos técnicos de intervenção para análise criminológica, realizado pelos profissionais de Serviço Social e Psicologia pôde se chegar à elaboração do Regimento Interno de Execução Penal do Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes” (RIEPPMRG), a pedido do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo e promulgado por este, por disposição constitucional federal e estadual.

Vale dizer que a aplicação do RIEPPMRG somente será cabida ao PMRG e não para o policial militar que cumpre pena em outro estabelecimento prisional comum, pois se trata de presídio especial e regimento interno próprio pela subordinação jurídica da Justiça Militar Estadual, assim o fosse estaríamos diante de uma distorção do princípio constitucional da isonomia, garantido pelo art. 5º *caput*, onde diz claramente “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, nos termos seguintes: [...]” (grifos nossos), pois trataríamos de forma diferente dentro do mesmo sistema carcerário, um pela sujeição ao RIEPPMRG e outro pelo Regimento Interno daquele estabelecimento.

Corroborando com isso podemos citar a doutrina de Marcos Fernando Theodoro Pinheiro (RAMOS, COSTA e ROTH (coord.),

2011, p. 590), que por força constitucional do princípio da isonomia diz:

Tratar de maneira desigual presos que cumprem pena num mesmo estabelecimento, quando não na mesma cela, concedendo benefícios da lei para uns e negando para outros em situações extremamente semelhantes, apenas pelo fato de terem sido condenados por jurisdições diversas (comum e militar), [...] atenta contra o princípio da isonomia, inserto no art. 5º da nossa Carta Magna.

2.1. Prisão Cautelar e Detenção Cautelar

A prisão cautelar chamada também de prisão processual cautelar possui seis espécies reguladas pelo Código de Processo Penal (CPP), dentre elas a prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão em decorrência de pronúncia, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível e a condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia.

Para a Justiça Castrense análoga à prisão processual cautelar está a medida cautelar de prisão¹, coexistindo a prisão preventiva, prisão em flagrante e prisão temporária.

Para os casos de prisão em flagrante independem de ordem judicial, tanto na Justiça comum quanto na militar, o que é uma exceção à regra das demais formas de prisão ser somente por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, como é a inteligência da Lei Maior, em seu art. 5º, inc. LXI.

Mas como estamos falando de uma Justiça especializada, existem exceções da própria CF/88 no seu art. 5º, inc. LXI, quando asseverou que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão disciplinar ou crime propriamente militar,

¹ Uma das três espécies de medidas cautelares militares, esta recai sobre o corpo da pessoa, nas formas de prisão, detenção e menagem. Previsão dos arts. 220 a 269 do CPPM.

definidos em lei” (grifos nossos), admitindo, portanto, a prisão, bem como a detenção do militar por autoridade que não a judiciária, independente de ordem judicial, como medida cautelar.

Da prisão – exceção – cautelar somente caberá na primeira fase da persecução penal, que é investigativa, através de IPM, sendo posteriormente comunicado o feito ao Juiz Auditor, quando decorrente de crime propriamente militar *verbi gratia* o de deserção, por meio do Termo de Instrução Provisória de Deserção.

Nesse diapasão temos ainda, sob a égide constitucional acima citada, a possibilidade de privar a liberdade do miliciano paulista através de prisão administrativa, que para a Justiça comum não fora recepcionada no CPP pela Carta Constitucional, pelo denominado “Recolhimento Disciplinar”, advindo da Lei Complementar Estadual nº 893, de 09 de março de 2001, “Regulamento Disciplinar da Polícia Militar” (RDPM), Capítulo VI, artigo 26, onde estabelece os motivos de seu cabimento, autoridades administrativas competentes, local de cumprimento e o tempo máximo da sua privação, sendo de 05 (cinco) dias, devendo-se comunicar tal medida ao Juiz Corregedor do TJM, quando do recolhimento e da libertação.

Curiosa e distinta constrição da liberdade na vida castrense também está a Detenção Cautelar, cujo instituto não há correspondência alguma no CPP. Fruto da exegese do art. 18 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), combinado com o mesmo inc. LXI do art. 5º da CF/88 e art. 55, “a” do CPPM.

Assim é o ensinamento expressivo de Jorge Cesar de Assis (2012, p. 67), bem como acompanham nessa mesma linha vários outros doutrinadores do assunto, onde diz:

Bem por isso, atualmente, o encarregado do inquérito policial militar só poderá aplicar a *detenção cautelar*, em casos de crime[*sic*] militares próprios (ou puros), que são aqueles que só estão previstos no Código Penal Militar, em seu art. 9º, inc. I, v.g., *crimes contra a autoridade ou disciplina militar, contra a*

serviço[sic] militar e o dever militar etc.

Tratando ainda do assunto das medidas cautelares militares, constritoras da liberdade, podemos destacar as que recaem sobre o corpo físico do indiciado, quais sejam a prisão, a detenção e a menagem.

O instituto da Menagem, correlatamente ao instituto da fiança do CPP, por não possuir este no CPPM, de comparação analítica de Ronaldo João Roth: (RAMOS, COSTA e ROTH (coord.), 2011, p. 742) “a menagem está para o crime militar, assim como a fiança está para o crime comum. É um instituto pertinente, portanto, aos crimes militares e assemelha-se à prisão provisória ou à liberdade provisória.”

O termo menagem, aférese de homenagem, tem origem na Idade Média, onde existiam outros institutos que permitiam o não recolhimento do infrator ao cárcere há algumas pessoas, sob o compromisso de permanecerem em suas propriedades, aguardando a solução do processo-crime (RAMOS, COSTA e ROTH (coord.), 2011, p. 742).

Atravessando os séculos inseriu-se, genuinamente em nosso ordenamento jurídico no CPPM, exclusive, portanto, sua aplicação aos militares, obedecendo aos seguintes requisitos: a) infração com pena igual ou inferior a quatro anos de privação de liberdade; b) natureza da infração criminal; c) antecedentes do acusado ou indiciado.

Obedecidos os requisitos para aplicação da menagem e concedida esta poderá ser cumprida na sede do Juízo que está sendo apurado o fato tido criminoso, ou no quartel ou residência do beneficiado, restringindo sua liberdade de locomoção sem aquela vigilância constante, própria de um presídio.

Embora esta previsão legal da menagem nos termos dos arts. 263 a 269 do CPPM, de historicidade antiquíssima e essencialmente para os crimes militares, caracterizando inequivocamente um benefício criminal, é pouco conhecido e pouco discutido, por ausência de provocação junto ao Judiciário (RAMOS, COSTA e ROTH (coord.), 2011, p. 743).

2.2. Execução Penal

Em se tratando do assunto da execução penal temos garantido na Carta Constitucional, art. 5º, inc. XLV, a pena é personalíssima.

Para Michel Foucault (trad. de RAMALHETE, 2005, p. 68-69) a pena nada mais é que a responsabilização do agente delitivo pelo dano causado a sociedade, de forma que o Estado deve frear tais atitudes com rigor para servir como exemplo a não ser seguido, e na continuidade das violações legais deve ser agravada sua reprimenda. “Encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja idéia seja tal que torne definitivamente sem atração a idéia de um delito” (trad. de RAMALHETE, 2005, p. 87).

Podemos extrair dessa ideia que a função de dar o fiel e integral cumprimento à execução penal, pelo Estado, bastaria para que o infrator penal não voltasse a delinquir, o que se diga também não ser de tão fácil solução, devido há vários fatores externos do ser humano que o leva ao delito, sendo necessário todo um aparato jurídico-administrativo para fazer frente a tudo isso.

Para tanto o que alude o PMRG, este estabelecimento prisional compromissado com o dever-poder do Estado de ressocializar o ser infrator, dá esse fiel e integral cumprimento e aplicação à execução penal.

2.2.1. Aplicação do Regimento Interno de Execução Penal do Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”

Na aplicação da execução penal no PMRG, além da LEP propriamente dita, temos o Regimento Interno de Execução Penal do Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”, instituído pela Resolução nº 009/2012 – GP Pleno TJM, por ato de competência do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, em Sessão Plenária Administrativa, de 22 de agosto de 2012.

A par das Políticas Criminais ², reconhecidas num Estado Democrático de

Direito, também está o PMRG, pois não seria diferente, cuja natureza jurídica é a mesma, senão um estabelecimento prisional, com objetivos que se fundem em dar cumprimento aos institutos constritores, de Direito Penal, que é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, sem, contudo esquecer-se dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, para justamente ser um “sistema garantista em vez de um arbitrário” (BUSTOS RAMIREZ e HORMAZABAL MALAREE, 1997, apud BUSATO e HUAPAYA, 2007, p.17).

Nessa linha de aplicação dos institutos constritores de Direito Penal, ou seja, a própria execução penal, o PMRG tem por objetivo social da execução da pena, disposto no § 1º do art. 2º do RIEPPMRG, a promoção dos processos de reeducação e ressocialização do preso condenado, dentro do sistema progressivo, aplicando-se, ainda, no que couber, aos presos em situação jurídica provisória, respeitadas as restrições legais.

2.2.1.1. Ingresso e classificação por estágios

Com a edição da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, houve a modificação da LEP, no seu art. 6º, que diz “A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório”, ficando desta forma o papel da CTC um tanto que engessada.

Ora veja que pela nova redação legal não caberá mais o acompanhamento da CTC na execução da pena, o que ensejava justamente a propositura de pareceres para a concessão, pelo judiciário, como v.g. progressão de regime de pena, que agora pela interpretação fria do atual art. 6º, ficaria o Poder Judiciário submetido ao Poder Executivo, através dos estabelecimentos prisionais, “a conceder ou negar benefícios penais somente com a apresentação do frágil atestado de conduta carcerária” (NUCCI, 2011, p. 1010).

Contudo, quando tratamos do PMRG alhures destaques, estabelecimento prisional especial, por meio do RIEPPMRG, tem-se os institutos dos estágios, donde pela especialidade “o PMRG continuará a fazer o laudo criminológico para que a CTC tenha

² Para Cezar Roberto Bitencourt são políticas criminais todo o estudo envolvido no tratamento ressocializador, na reabilitação do ser humano e suas causas de delinquir, demonstradas pelo estudo criminológico, 2009, p.111-112.

subsídios em mãos a hora de julgar as progressões de estágio ou, caso seja solicitado pelo Tribunal de Justiça Militar” (SILVA, 2011, p. 3).

Objetivando uma melhor aplicação e controle sobre os internos, de forma a proporcionar a interação, a disciplina, a observação do próprio reeducando, para ressocializá-lo é que advém tais regimentos internos, cujo o infrator que ingressa no PMRG para o cumprimento de pena em regime fechado, semiaberto, ou que esteja à disposição da Justiça, este será cumprido, de forma progressiva em três estágios.

Ressalta-se que quando do ingresso de um interno sujeito ao regime fechado, este seguirá os mandos dos arts. 10 e 11 do RIEPPMRG, quanto a sua permanência no primeiro estágio por um período de 30 (trinta) dias, como observamos no art. 10:

Art. 10 – As fases da execução administrativa da pena serão realizadas por estágios, respeitados os requisitos legais, a estrutura física e os recursos materiais do Presídio, e iniciará com o procedimento de inclusão e observação pelo prazo de trinta dias, para depois passar ao desenvolvimento do processo de execução da pena, compreendendo as várias técnicas promocionais e de evolução sócio-educativas.

Conforme assertiva *supra*, dispostos estão nos artigos 4º, 5º e 6º os respectivos estágios, que dependerão – salvo raras exceções de prisão, proveniente de dívida de alimentos – do comportamento e avaliação do ingressando.

2.2.1.2. Laborterapia e outras atividades ressocializadoras

Modernamente, só se concebe o esforço ressocializador de modo que é oferecido aquele infrator da lei a oportunidade de se ajudar, objetivando sua liberdade com dignidade à reinserção social sem que volte ao cometimento de outros delitos.

O art. 28 da LEP diz que “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.”

Para Cezar Roberto Bitencourt (2011, *passim*) – talvez indignado com a realidade do sistema carcerário comum, que à mercê da sorte da Administração do Estado ineficiente – o trabalho com a finalidade legal de ressocializar o preso ao convívio social não traz benefício algum, pois se aquele quem cometeu um delito, que por desídia própria já era preguiçoso para o trabalho, não é agora que ele irá querer trabalhar, logo aquele ambiente de confinamento lhe trará mais males do que bem, não surtindo nenhum efeito ressocializador.

Nesse mister e ótica do ilustre autor, talvez por sua indignação com o atual sistema carcerário, à luz da LEP ao preso condenado o trabalho é obrigatório, que na contramão o Estado deve fornecer os meios para a realização dos trabalhos. Pois não há outra pessoa interessada, senão o próprio Estado, na reabilitação e reintegração no convívio social. Donde da própria LEP se extrai a conceituação de que o trabalho dos condenados presos, como dever social e condição de dignidade humana, tem dupla finalidade, educativa e produtiva.

Com certa razão Bitencourt há de se indignar, mas não pela finalidade que se tem da laborterapia como forma de integração social, aliada inclusive com o acompanhamento das áreas social e psicológica, mas com razão de ser pelo descaso com que a Administração Pública possa tratar o assunto. Para o Estado, manter os presos sem nenhuma atividade, ou mantendo-os em atividades por mera formalidade legal, é o mesmo que “tapar o Sol com a peneira”, é tratar o efeito e não a causa.

Acreditando então, o legislador, ao alterar a legislação de execução penal, com novo espírito e com nova redação ao art. 126 da LEP, ampliando-se os meios objetivos de se alcançar a finalidade laborterápica, também através dos estudos.

Nesse diapasão, sustentando esta função ressocializadora da laborterapia, pelo trabalho, que também tem seu lado econômico, pela educação profissionalizante ou de continuidade, já havia um raciocínio inovador há algum tempo atrás, que vale destacar, de Anabela Miranda Rodrigues (2001, p. 96 apud. GOMES, 2003, p. 48):

[...] que preceitua não estar apenas em debate proporcionar ao recluso a aquisição ou manutenção das aptidões necessárias para o exercício de determinada profissão. Tão ou mais importantes são as chamadas competências sociais, que o exercício do trabalho possibilita como talvez nenhuma outra atividade, quais sejam, a conjugação de esforços numa coletividade produtiva, divisão de tarefas e de responsabilidades, reconhecida através da remuneração, para o aumento de riqueza geral e a promoção da auto-estima.

Para o PMRG, alhures, tem-se então o cumprimento do novo dispositivo ressocializador, advindo do art. 126 da LEP, através das atividades de ensino de nível fundamental, médio, técnico-profissional e superior, aplicados, *a priori*, aos reeducandos que se encontram no regime semiaberto.

2.2.1.3. Serviço Social, Psicológico e Jurídico

Como objeto de observação, tem-se o ser humano na figura do reeducando, que por sua vez, seu comportamento, atitude e atividade estão sujeitos a exame e avaliação para tomadas de decisões diretamente atribuídas, seja do Diretor/Comandante, seja do Juiz Corregedor.

Com o estudo da política criminal, paralelamente ao psicológico e social, viu-se que para o delinquente habitual as penas e as condenações a pequenas privações de liberdade, tornavam-se ineficazes no seu regresso à sociedade, assim como para os delinquentes ocasionais, as mesmas penas iam além do necessário, fazendo com que praticamente toda aplicação de penas privativas de liberdade, tornassem ineficazes para o objetivo da readaptação social (BITENCOURT, 2011, p. 515).

Sendo certo sua observação criminológica, para decidir então uma mudança estratégica para a ressocialização desse reeducando, através de atividades de culto religioso e laborterápicas, que vão além das obrigações do cumprimento da LEP, pelo sistema de trabalho obrigatório, é que estamos falando das atividades realizadas pelos

profissionais das áreas da psicologia, serviço social e assistência jurídica.

O papel funcional do psicólogo, além da composição da CTC, do PMRG, tendo por finalidade examinar o reeducando, quando de seu internamento, para atestar seu perfil. Após esta fase, esse profissional trabalhará no acompanhamento das perturbações que possam incorrer, a fim de que o reeducando não venha tentar algo que possa prejudicar o convívio social interno, conseqüentemente seus reflexos externos.

O Serviço Social na instituição penal PMRG serve justamente para atestar também os reeducandos, na avaliação de perfis para a CTC, bem como interage todas as vias de comunicação administrativa ao seu alcance.

Este setor de serviço social tem como objetivo fundamental a aplicação de técnicas de intervenção na realidade social (cárcere), no que fará dessa técnica desenvolver as qualidades do reeducando na participação em relação ao sistema em que agora vive o reeducando. A fim de manter uma qualidade de estado de equilíbrio psicossocial, esclarece ao reeducando do propósito de sua permanência no PMRG diante de uma reprovação de ato ilícito que cometera, para que na constância de seu equilíbrio ele possa ser devidamente recompensado e demonstre sua reabilitação para o retorno à sociedade, inclusive com apreço ao religioso (SILVA, 2011, *passim*).

A Assistência Jurídica, por sua vez, no PMRG é realizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, bem como por advogados da FUNAP, para fazer frente ao atendimento de reeducandos carentes de recursos financeiros, mas com total profissionalismo e ética com seus assistidos, não só na área penal, como em outras do direito a que possam sujeitar-se.

2.2.2. Aplicação da Lei de Execução Penal

A Lei de Execução Penal é pacífica de ser aplicada no PMRG, ainda que semelhantemente existam os institutos castrenses de reclusão, detenção e prisão, enquanto na legislação penal comum são reclusão e detenção, decerto é que são todas restritivas de liberdade, com a diferença que nas restritivas castrenses estas se “diferenciam

por uma gradação, da mais grave para a mais leve e seu tempo de cumprimento, pois seus modos de cumprimento são idênticos” (RAMOS, COSTA e ROTH (coord.), 2011, p. 589). Na aplicação de qualquer que seja a pena privativa de liberdade aplicar-se-á a LEP para o regime de início de seu cumprimento, fechado, semiaberto ou aberto.

“A obediência aos regimes de cumprimento de pena estabelecidos na lei penal comum se coaduna com a realidade das milícias” (RAMOS, COSTA e ROTH (coord.), 2011, p. 590). Principalmente ao fato de o Estado de São Paulo possuir um presídio próprio para seus milicianos e de que “no Presídio Militar Romão Gomes encontram-se policiais militares cumprindo penas oriundas da justiça militar e da justiça comum” (RAMOS, COSTA e ROTH (coord.), 2011, p. 590). O que há de se falar então do pleno cabimento da aplicação da legislação de execução penal comum.

Cediço que os regimes de cumprimento de pena são tipos penais das espécies de pena constantes do art. 33 do Código Penal (CP), das penas privativas de liberdade, recepcionadas pelo RIEPPMRG.

À margem de qualquer dúvida, quanto à aplicação da Lei de Execução Penal, passemos aos regimes de cumprimento de pena.

2.2.2.1. Regimes de cumprimento de pena

Iniciando-se as fases de execução penal, temos os regimes de cumprimento de pena em fechado, semiaberto e aberto, donde aplicada à pessoa sentenciada e condenada à pena de reclusão superior a 8 (oito) anos, esta se iniciará no regime fechado, sendo o trabalho obrigatório na medida de suas aptidões e capacidade, facultado o trabalho ao preso provisório nas mesmas condições, dentro do estabelecimento prisional.

Primordialmente será oferecido ao reeducando somente trabalhos interno, conforme disposição dos arts. 31 a 35 da LEP e arts. 115 a 132 do RIEPPMRG, excepcionalmente poderão ser concedidos trabalhos externos, cumpridas às exigências dos arts. 36 e 37 da LEP e arts. 134 e 136 do RIEPPMRG.

O regime semiaberto será aquele aplicado ao condenado – facultado o juízo ao

não reincidente – à pena de reclusão que não exceda a 8 (oito) anos e seja superior a 4 (quatro) ou à pena de detenção, em que pese “tratando-se de condenado reincidente, ainda assim, recomenda-se a aplicação do regime semiaberto” (NUCCI, 2011, p. 519). Que na mesma linha é a orientação do STJ no sumulado de nº 269: “é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.”

Nesse tipo de regime de cumprimento de pena, sujeitar-se-á também o condenado ao trabalho em comum com os demais reeducandos, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo admissível o trabalho externo, estudos de instrução de segundo grau, profissionalizantes, ou superior. Aplicando-se as mesmas disposições dos arts. 31 a 35 e os 36 e 37³ da LEP, que exceção faz-se a este art. 37 quando “o juiz da condenação, na própria sentença, já deverá conceder o serviço externo, sendo desnecessário o cumprimento de qualquer parcela da pena. Ou então, posteriormente, o juiz da execução poderá concedê-lo desde o início do cumprimento da pena” (BITENCOURT, 2011, P.519).

Para o RIEPPMRG o regime semiaberto caracteriza-se pelas condições dispostas no seu art.7º, o que seja:

Art. 7º [...]

- I – segurança externa por meio de muros e guarda externa;
- II – local para trabalho interno dentro dos limites da área de segurança e guarda externa do Presídio, que preserve os direitos do preso, a ordem e a disciplina;
- III – acomodação em alojamento ou cela individual ou coletiva;
- IV – trabalho externo na forma legal;
- V – locais internos e externos para atividades sócio-educativas e culturais, esportes, prática religiosa e visitas, conforme dispuser a lei e observadas as possibilidades do Presídio.

³ Art. 37 da LEP “A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.”

Para o regime de cumprimento de pena aberto, aplicado em condenações de privação de liberdade quando o condenado não for reincidente, e cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, toma-se por base a autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, devendo este trabalhar, frequentar aos estudos ou exercer qualquer outra atividade autorizada, sem vigilância, recolhendo-se à noite e nos dias de folga (BRASIL, CP, art. 36 *caput*, § 1º).

“O maior mérito do regime aberto é manter o condenado em contato com a sua família e com a sociedade, permitindo que o mesmo leve uma vida útil e prestante” (BITENCOURT, 2011, p. 520).

Para o recolhimento, noturno e dias de folga, previsto no art. 36, § 1º do CP, será feito em Casa do Albergado, caracterizado pela ausência de obstáculos contra à fuga, geralmente nas proximidades de estabelecimentos prisionais para facilitar os serviços de fiscalização e orientação, seja nos estudos, palestras, trabalhos etc.

A caracterização desse tipo de regime pelo PMRG está definida pelo art. 8º do RIEPPMRG pelo cumprimento da pena em prisão albergue, excepcionalmente domiciliar, consistindo no dever do sentenciado dar o fiel cumprimento às condições estabelecidas em juízo, vedada, neste último caso, a aplicação deste tipo de regime aberto a policiais militares do serviço ativo.

Sendo certo que na atualidade o PMRG não dispõe de Casa do Albergado para dar guarida ao cumprimento desse tipo de regime de pena, com isso, fica o reeducando, quando nessa condição, responsável por cumprir os mandos do Juiz das Execuções Criminais do TJM, restando tão somente seu vínculo jurídico, sem nenhum vínculo com a Administração Penitenciária Militar.

2.2.3. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)

Segundo Bitencourt (2011, p. 43), a criação do Regime Disciplinar Diferenciado, pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, “viola flagrantemente o princípio da legalidade penal, pois cria disfarçadamente, uma sanção penal cruel e desumana sem tipo penal definido correspondente.” Continua ainda dizendo que “o *princípio da reserva*

legal não se limita à tipificação de crimes, estendendo-se às suas *consequências jurídicas*, especialmente à pena e à medida de segurança, caso contrário, o cidadão não terá como saber quais são as consequências que poderão atingi-lo.”

Com a devida *venia*, Nucci (2011, p. 1017) não acredita ser este RDD inconstitucional à vista da realidade que o Estado Democrático de Direito dispõe como estabelecimento prisional, onde estão dispostos presos provisórios com condenados, sob uma má Administração Pública, sem que justificasse um erro pelo outro, e continua:

Constitui situação muito pior ser inserido em cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que colocar em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos.

Sobre a continuidade da mesma ótica temos que em matéria constitucional poderíamos dizer que entre os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana do preso, sendo violados, vislumbrada na tese de Bitencourt, vislumbra-se também, na tese de Nucci, que estaria também sendo violados os direitos e garantias fundamentais de toda sociedade, que clama por segurança, não estaria, portanto, na inconstitucionalidade e sim fazendo Política Criminal e Penitenciária, adequadas à realidade, visando então à garantia do interesse maior da sociedade, sobre o menor do indivíduo.

O RDD não é um regime de cumprimento de pena da mesma natureza jurídica da execução penal, mas sim uma medida cautelar mista que se tem à Administração e à Justiça de se aplicar tal instituto. Mista pelo fato de o RDD somente “ser decretado pelo Juiz da Execução Penal, desde que proposto, em requerimento pormenorizado, pelo Diretor do estabelecimento penal ou por outra autoridade administrativa” (NUCCI, 2011, p. 1015).

Nesse diapasão é permitida a aplicação, como medida cautelar da autoridade administrativa, quando da necessidade de urgência da aplicação desta medida, o isolamento do interno por até 10 (dez) dias, preventivamente à aplicação do RDD, comunicando-se o fato ao Juízo da Execução e aguardando decisão do decreto, que será instruída do respectivo procedimento administrativo. Vale lembrar que após a decretação da aplicação do RDD aqueles dias, permanecido isolado, serão abatidos como uma autêntica detração.

Corroborando para a aplicabilidade do RDD, não ensejando inconstitucionalidade da aludida lei é que temos julgados, tanto do STJ quanto do STF, em acórdãos de *Habeas Corpus* n° 213085/AM 2011/0162578-9, Relatora Ministra Laurita Hilário Vaz, da Quinta Turma do STJ, de 20 de setembro de 2011, DJe de 04 de outubro de 2011; *Habeas Corpus* n° 103716/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, da Primeira Turma do STF, de 03 de novembro de 2011, DJe de 03 de novembro de 2011, dos quais podemos expor, pois não há o questionamento nestes quanto a inconstitucionalidade e sim quanto à constrição da liberdade.

Podemos ainda destacar mais uma decisão jurisprudencial do STF, do Douto Senhor Ministro Antonio Cezar Peluso, de 02 de março de 2010, na ementa abaixo:

Execução Penal. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Sanção disciplinar. Instauração prévia de procedimento administrativo: necessidade. Princípio do contraditório e da ampla defesa. CF/1988, art. 5° LVI e LV. Lei de Execução Penal (LEP), art. 53, V e 59. Execução penal. Sanção disciplinar. Falta disciplinar idêntica imputada a cúmplices: soluções opostas. Princípio da isonomia: ofensa. “O regime disciplinar é sanção disciplinar, e sua aplicação depende de prévia instauração de procedimento administrativo para apuração dos fatos imputados ao custodiado”. Ministro Antonio Cezar Peluso.

Não podíamos nos furtar em destacar que devido às controvérsias doutrinárias, já

destacadas, há uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) sob n° 4162-2, distribuída à Douta Senhora Relatora Ministra Rosa Weber, ação esta impetrado em 17 de outubro de 2008, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com fulcro constitucional no art. 103, inc. VII, aguardando julgamento.

Para Paulo César Busato (2005, p. 2), esse tipo de medida cautelar, inserta na Seção de Disciplina da LEP (art. 52) e Capítulo das Sanções Disciplinares do RIEPPMRG (art. 42), sugere estar “inclusive capaz de substituir um modelo de Direito Penal do fato por um modelo de Direito Penal do autor, sem mais razões do que as que deveriam de um juízo de valor que pouco ou nada tem a haver.” Propondo a subjetividade do Judiciário e da Administração na aplicação do RDD.

3. Certificados Abnt Nbr Iso 9001:2008 e Prêmio Nacional Gestão Banas®

O Estado de São Paulo há algum tempo já estava prevista a busca pela excelência dos trabalhos realizados pela Administração Pública de uma forma geral, visto que o então Governador de São Paulo Mario Covas, instituiu, por Decreto, o Programa Permanente de Qualidade e Produtividade no Serviço Público.

Logo em seguida a Polícia Bandeirante instituiu o Programa de Qualidade Total, criando posteriormente o Prêmio Polícia Militar da Qualidade, como forma de manifestação e desafio a todas suas unidades policiais – OPM.

No Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”, surge em 2004, após seu efetivo ter “vestido a camisa”, sob a direção do então Ten Cel PM Ararigbóia, com a nova ideia de reformulação dos procedimentos, implantando um Sistema de Gestão, a fim estabelecer, documentar e manter uma Política de Qualidade para o melhor tratamento com os internos, a Justiça e a sociedade – seus principais clientes – que se alinhassem à aplicação na íntegra da Lei de Execução Penal, como já vinha sendo seguido, com o Regimento Interno de Execução Penal do

Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”, o que fez com que este estabelecimento prisional atingisse seu primeiro objetivo da conquista da Certificação ISO 9001:2000 no mesmo ano, o que há época estava sob a vigência da versão 2000.

Esta certificação foi dada pela Fundação Carlos Alberto Vanzolini, desde então vem sendo renovada e realizadas manutenções, e em 2008, certificou o PMRG na ISO 9001:2008 (versão 2008 e atual), após terem sido realizadas as devidas manutenções de atualização nos processos de documentação do PMRG. Em 2009 e 2010 foram continuadas as manutenções e em 2011 foi certificada novamente.

Anteriormente a essa última certificação ISO 9001:2008, o PMRG inscreveu-se no Prêmio Nacional Gestão Banas® em 2009 da qual foi conferida a premiação através de critérios próprios desenvolvidos sobre as normas ISO 9001:2008, com o objetivo de medir e avaliar o grau de desenvolvimento e de comprometimento do PMRG e seus servidores, no sistema de gestão.

Para essa certificação do Prêmio Nacional Gestão Banas® estavam concorrendo ao prêmio várias outras empresas do mundo corporativo, tais como Sabesp, Andrade Gutierrez, Petrobrás, Companhia Vale do Rio Doce, Hemodinâmica Monte Sinai, Coca-cola, Bradesco, Grupo Bueno, Consórcio Caraguatuba, Itaú entre outros.⁴

Cabe-nos destacar que até o presente momento não há nenhum outro estabelecimento prisional, no Estado Brasileiro, que possua alguma certificação nesse sentido, certo há que alguns estabelecimentos estão em busca disso, implantando outras formas ressocializadoras, com parcerias público privada (PPP), sistemas idênticos laborterápicos com qualidade, mas não ainda com a mesma organização e competência que tem o Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”.

⁴ Prêmio Nacional Gestão Banas®. Disponível em: <<http://www.premiogestaobanas.com.br>>, acessado em: 30 mar.2012.

CONCLUSÃO

Pudemos constatar pelas grandes obras que tratam do assunto para as “execuções penais” há certa opinião majoritária sobre a falência do sistema carcerário brasileiro (comum), pois os números de presos no Brasil, e em especial no Estado de São Paulo, realmente são assustadores, pois a população carcerária existente é de 159.089 (cento e cinquenta e nove mil e oitenta e nove)⁵ presos contra o número de vagas estabelecidas, na casa de 96.672 (noventa e seis mil, seiscentos e setenta e duas)⁶, sem contar com o número de mandados de prisões expedidos a serem cumpridos, que são cerca de 115.000 (cento e quinze mil).⁷ Logo, se fossem todos cumpridos, quase que triplicariam esses números, agravando mais ainda o quadro.

Faz-se necessário demonstrar-se na oportunidade que, segundo o Censo Demográfico 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE⁸, a população carcerária comum do Estado de São Paulo corresponde há aproximadamente 0,4 % (quatro décimos percentuais) do seu total de habitantes contra 0,2 % (dois décimos percentuais) da população carcerária militar⁹, comparada com seu próprio efetivo ativo.

Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”, este presídio especial, realiza um trabalho ressocializador com seus clientes (Sociedade, Justiça e o próprio infrator da lei), organizado em processos de controle, iniciado há quase uma década, tido em princípio como um projeto piloto tímido, na busca da reabilitação social do reeducando, evitando

⁵ Fonte: Secretaria de Administração Penitenciária (SAP), atualizado até 22 de julho de 2011. Disponível em:

<<http://www.sap.sp.gov.br/common/unidades.html>>, acessado em: 15 mai.2012.

⁶ Ibid.

⁷ Fonte: Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF), divulgado em 06 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.fenapef.org.br/fenapef/noticia/index/36817>>, acessado em 15 mai.2012.

⁸ IBGE, censo 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=sp>>, acessado em 15 mai.2012.

⁹ Fonte: Seção Penal do Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”, atualizada em: 18 mai.2012.

inclusive o uso da palavra “preso”, pois esta é uma palavra de técnica conceitual para a operação do direito, que para o ser humano soa de forma pejorativa.

O ócio, não é o tempo em que a pessoa fica sem fazer nada, é justamente o contrário, o ócio é um momento em que a pessoa tem para aprender algo, estudar, laborar, experimentar, cultivar sua religião, ser útil a sua comunidade, à sociedade, a si próprio, e é através desse ócio que o reeducando dispõe que o Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes” retribui a ele a oportunidade de se ter sua plenitude de dignidade e ressocialização, envolvendo todas as esferas possíveis da sociedade, bem como de seus próprios servidores, através da racionalização dos métodos e processos estudados e aperfeiçoados com qualidade.

Conforme alhures discutidos pudemos verificar que há todo tipo de possibilidade, que é possível obter a ressocialização de alguém que viole os direitos positivados de nosso ordenamento jurídico, com a devida e fiel aplicação da legislação de execução penal vigente, ainda que bem antiga para nossa realidade, e as demais normas legais que os Poderes Judiciário e Executivo implementam para o bem comum da sociedade, cujo reeducando deva retornar.

Tais implementações de execução penal não são de única e exclusiva ferramenta da judicatura administrativa, são também legislativas, *verbi gratia* o Regime Disciplinar Diferenciado, implemento legislativo, para atuar como administrativo, ordenado pelo

judiciário, ou seja, é o exercício da Política Criminal, em que o Estado achou uma resposta para a sociedade, que até neste momento é aceitável e legal, ainda que haja controvérsias.

Acabar com a delinquência completamente e para sempre pode parecer utópico, posto que a dissidência é inerente ao ser humano e o acompanhará até o fim da aventura humana na Terra. No entanto, essa circunstância não libera a sociedade do compromisso que tem perante o delinquente. Da mesma forma que este é responsável pelo bem-estar social de toda a comunidade, esta não pode desobrigar-se de sua responsabilidade perante o destino daquele.

Tenho a convicção de que esta singelo artigo não esgota totalmente o assunto do tema, nem poderia ser diferente outro resultado, pois notoriamente podemos verificar que este assunto envolve muitas outras áreas das ciências humanas, mas podemos assegurar que é possível, como foi provada, a ressocialização de um ser humano que tenha violado o sistema jurídico penal. Não é utopia, é em verdade muito possível, pois é feito no Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”.

Encerro no entanto, com a assertiva de que este modelo de Estabelecimento Prisional, o Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes” deva ser um exemplo a ser seguido por todos os outros estabelecimentos prisionais, existentes em nossa Nação, assim como deva ser para outros Estados alienígenas que se interessem na ressocialização de seu povo.

REFERÊNCIAS

A FORÇA POLICIAL. São Paulo: Polícia Militar do Estado de São Paulo, 1994 – Trimestral, nº 55/2007, julho/agosto/setembro/2007. Periódico.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Direito Militar – Aspectos penais, processuais penais e administrativos**, 2ª ed. 2ª reimpr., Curitiba: Juruá, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte geral 1**, 16ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado com produto de um direito penal do inimigo**, Artigo de 12 jul. 2005. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, acessado em: 30 de setembro de 2012.

- BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSTA, Ilton Garcia da; RAMOS, Dircêo Torrecilhas e ROTH, Ronaldo João (Org.). **Direito Militar: doutrinas e aplicações**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- DAVIES, Vitoria e WHITLAM, Jonh (Coord.). **Dicionário Escolar Longman. Inglês-Português – Português-Inglês para estudantes brasileiros**. 2ª ed. 1ª reimp. Edinburgh Gate: Pearson, 2009
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**, Tradução de Raquel Ramalheite, 30ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- GOMES, João Paulo Nicodemo. **O Trabalho como Medida Ressocializadora do Detento Face ao Sistema Carcerário Brasileiro**. 2003. 111 f. Monografia - Direito, Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2003. Disponível no sítio <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/183/184>>, acessado em 07 abr.2012.
- LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal, ver., atual. e ampl.**, 8ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- PEDROSO, Regina Célia. **Os Signos da Opressão: História e Violência nas Prisões Brasileiras**, Vol. 5, São Paulo: Arquivo do Estado, Imprensa Oficial do Estado, 2003.
- ROVER, Cees de. Tradução de De Sílvia Backes e Ernani S. Pilla. **Para servir e Proteger. Direitos Humanos e direito Internacional Humanitário para Forças Policiais e de Segurança: Manual para Instrutores**, Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1998.
- SÃO PAULO. Polícia Militar do Estado de São Paulo, **Regimento Interno Policial Militar: Regimento Interno do Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes” (PMRG) RI-14-PM**, 3ª ed., tiragem: 100 exemplares, São Paulo: Setor Gráfico do CSM/M Int. Impresso em 1987, Bol G PM 162/00, 2000.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, **Resolução nº 009/2012 – RIEPPMRG Regimento Interno de Execução Penal do Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”**, publicado no Diário da Justiça Militar Eletrônico em 29 de agosto de 2012. Disponível no sítio oficial do próprio Tribunal de Justiça Militar <http://www.tjmsp.jus.br/tjm_res/tjm_res2012009.htm>. Acessado em: 17 de setembro de 2012.
- SILVA, Maria de Fátima da. **Serviço Social: Programa de Trabalho – Atendimento a Internos e Prontos**, Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”, São Paulo: PMRG, 2011.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. **Constituição (1824)**. Disponível no sítio da Presidência da República do Brasil <http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/Constituicao/Constituicao24.htm>, acessado em 02 de agosto de 2012.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível no sítio da Presidência da República do Brasil <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, acessado em 02 de setembro de 2012.

- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível no sítio da Presidência da República do Brasil <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>, acessado em: 04 de abril de 2012.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível no sítio da Presidência da República do Brasil <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>, acessado em: 04 de setembro de 2012.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível no sítio da Presidência da República do Brasil <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>, acessado em 02 de setembro de 2012.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Disponível no sítio da Presidência da República do Brasil <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm>, acessado em 02 de setembro de 2012.
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível no sítio da Presidência da República do Brasil <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>, acessado em 02 de setembro de 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Habeas corpus* nº 213085/AM, Quinta Turma. DJe de 04 de outubro de 2011. Disponível no sítio do Superior Tribunal de Justiça <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=regime+disciplinar+diferenciado&&b=ACORDp=true&t=&l=10i=3>>. Acessado em 04 de abril de 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Súmula** nº 269, da Terceira Seção, Distrito Federal, DJe de 29 de maio de 2002, p. 135. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&t=10i=203>>. Acessado em 04 de abril de 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 103716/SP, Primeira Turma, DJe de 03 de novembro de 2011. Disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/217_1.pdf>. Acessado em 04 de abril de 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 96328/SP, Segunda Turma, DJe de 03 de março de 2010. Disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/217_1.pdf>. Acessado em 04 de abril de 2012.

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar o novo mercado de trabalho frente à inovação e desenvolvimento tecnológico abordando a mudança dos tipos de profissionais abordando a nova forma do mercado de trabalho e sua exigência pela criatividade profissional.

Para tanto se faz importante a abordagem dos novos modelos de profissionais bem como as necessidades empresariais frente a sua mão de obra.

Palavras-chave: Novo mercado de Trabalho. Inovação. A nova mão de obra.

ABSTRACT

This work via analyzing the new labor market front of innovation and technological development addressing the changing types of professionals addressing the new way of working and marked his demand for professional creativity.

Therefore becomes important to approach the new models of professional and business needs facing their workforce.

Keywords New labour market. Innovation. The new workforce.

* Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC São Paulo. Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU São Paulo. Pós-graduado em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia – São Paulo. Professor de Direito das FMU São Paulo. Coordenador da Escola Superior de Advocacia. Advogado.

** Fernanda Carolina Silva de Oliveira é Pós-graduanda em Direito Empresarial pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU São Paulo. Advogada.

Introdução

Antes dos anos 80, o trabalhador tido como referência social possuía figura de pai de família, que saía logo cedo de casa, deixando sua mulher e filhos para ir à empresa. Essa figura de trabalhador – pai de família – tinha como objetivo sustentar seus filhos, manter sua evolução profissional com a segurança de estar em empregado, ser promovido e aposentar-se na mesma empresa na qual fora contratado há décadas.

Essas relações de trabalho eram caracterizadas entre “patrões” e “empregados”, com grande grau de hierarquia e subordinação. O estabelecimento empresarial – indústria – era fisicamente seu local de trabalho e não havia como misturar trabalho com seu descanso e seu convívio familiar.

Buscava-se para esse mercado, homens, com baixa escolaridade, que tinham sua formação em fábricas, metalúrgicas, indústrias, que estavam diretamente ligadas à linha de produção.

Atualmente nos deparamos com um mercado inovador, tanto no âmbito empresarial quanto no seu perfil de profissionais, mercado este atualmente tomado por homens e mulheres que disputam e trabalham de igual para igual com as mesmas responsabilidades, tanto em relação aos grandes cargos quanto a serem chefes de família.

Este novo mercado traz evoluções tecnológicas que obrigam aqueles que ainda querem ter seu espaço a acompanharem tal evolução tecnológica, esquecendo a rotina que antes era de oito horas diárias e quanta e quatro semanais, visto que a evolução tecnológica trouxe meios de manter este novo modelo de empregado vinculado ao seu trabalho vinte e quatro horas por dia.

As novas tecnologias impõem novos desafios aos trabalhadores. Eles devem ter um perfil inovador, destemido e cheio de novas ideias.

Os trabalhadores devem estar disponíveis diuturnamente para a empresa, resolvendo questões, respondendo emails e apresentando novas formas de produtos e serviços para competir nos mercados.

As metas são impostas como forma de obtenção de resposta à capacitação técnica – profissional – de cada empregado e o fracasso do trabalhador acaba repercutindo negativamente no seu meio social.

O novo mercado de trabalho e suas novas tecnologias de comunicação acabam destilando muitas informações que devem ser filtradas pelos trabalhadores e isso acaba inibindo sua capacidade de criação e de inovação, distanciando-o da essência fundamental do ser humano, violando sua privacidade e sua intimidade, pois o torna escravo de novas ferramentas criadas para disponibilizar seu tempo em benefício das próprias empresas.

O presente artigo visa discutir os desafios do trabalhador que está imerso às novas ferramentas de trabalho, as consequências da perda da identidade física do estabelecimento fabril e a competitividade global.

1. Os sistemas de produção na Sociedade da Informação

A busca constante pela informação possibilitou a criação de novas empresas com objetos de exploração em nichos de comunicação e de penetração em massa em diversos lugares, representando uma verdadeira mola propulsora da economia em outros segmentos de mercado.

Os trabalhadores tiveram que acompanhar as mudanças gerenciais produtivas para conseguir a admissão nas empresas. Os processos de administração alteravam de acordo com a descoberta de novas tecnologias.

A ideia da divisão do trabalho com o intuito de aprimoramento e maior rapidez para obtenção de resultado já havia sido observada por estudiosos, como Adam Smith, no século XVI.¹

¹ Adam Smith afirmava que “o maior aprimoramento das forças produtivas de trabalho, e a maior parte da habilidade, destreza e bom-senso com os quais o trabalho é em toda parte dirigido ou executado, parecem ter sido resultados da divisão do trabalho.” SMITH, Adam SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Luiz João Baraúna, vol. I, 3.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 41

A divisão do trabalho no âmbito empresarial, na verdade, advém de uma necessidade de se organizar as atividades de produção para se chegar a um fim específico: o produto ou o serviço a ser colocado em circulação ou oferecido no mercado.

Existiram, dentro da administração das organizações, modelos de desenvolvimento de trabalho ou regimes de produção que buscaram a eficiência produtiva, justamente para evitar desperdícios, prejuízos e, ainda, otimizar tempo e trabalho dos empregados que estavam à disposição do patrão para cumprimento das tarefas.

Dentre os modelos mais conhecidos de produção, pode-se citar o taylorismo, o fordismo, o fayolismo, o toyotismo e o *Just in time*.

O modelo adotado pelo taylorismo² estava fundado na separação do trabalhador intelectual do braçal, controle dos processos produtivos (tempos e movimentos), por meio do qual a organização buscava captar a boa-vontade do trabalhador para aumentar sua produção com incentivo ao aumento de salário.³

Vale notar que o estudo de Taylor resultou na concepção de que caberia a um “gerente científico”, descobrir a melhor maneira para aumentar ou melhorar a produção para atingir o máximo de eficiência.

O fordismo⁴ surgiu com inovações introduzidas por Henry Ford (daí o nome de

gestão pregado por seu criador) e tinha como pressuposto o processo de “linha de montagem” e a mecanização (tecnologia) da produção de automóveis.

O fordismo desenvolveu-se com o surgimento das sociedades de consumo de massa emergidas logo após a Segunda Guerra Mundial. Nesse regime de gestão de produção incidiu novas formas de controle do ritmo do trabalho, redução da jornada diária em decorrência de aquisição de novas tecnologias, aumento de salários e busca de uma qualidade total na produção dos bens de consumo.

A teoria da eficiência do fordismo surgiu com princípios ligados à otimização do tempo do empregado que fica à disposição na empresa. Deve-se obter um rendimento cada vez maior dos recursos da empresa, de forma intensa, de tal forma que a produtividade eficiente deverá revelar a otimização da capacidade produtiva de cada elemento da fábrica, aumentando, sobretudo, o ritmo de trabalho do capital vivo da empresa (mais-valia relativa). A eficiência fordista, ainda, pressupunha uma eficiência pautada no princípio da economicidade. Esse princípio tem por fim reduzir ao mínimo possível o volume de matéria em curso, de maneira que uma quantidade de produto já esteja ofertada e vendida antes do pagamento dos salários e das matérias-primas utilizadas.⁵

O fayolismo⁶, assim como o taylorismo, é típico produto de uma ideologia nascida do

² Modelo criado por FREDERICK TAYLOR, que idealizador de uma forma de gestão de trabalho, lançou em 1911 o livro *The principles of scientific management* (Os princípios da administração científica). Para criar esse sistema de gestão produtiva, Taylor foi trabalhar como operário para aprender a entender a objetividade do processo de produção e conhecer a subjetividade do trabalhador. (HELOANI, Roberto. **Gestão e organização no capitalismo globalizado: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007, p.27).

³ HELOANI, Roberto. **Gestão e organização no capitalismo globalizado: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 40-41.

⁴ Mais que uma disciplina, Ford impunha um padrão de conduta aos trabalhadores que servissem de exemplo para a própria sociedade americana. Ele exigia que seus trabalhadores se casassem oficialmente, (não admitia concubinato), inadmitia indícios de alcoolismo ou desarmonia conjugal. Ford entendia que para se produzir carros confiáveis em larga escala, haveria

necessidade de os empregados demonstrarem socialmente serem expressivamente responsáveis, dentro e fora da indústria. (HELOANI, Roberto. **Gestão e organização no capitalismo globalizado: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 51-53).

⁵ HELOANI, Roberto. **Gestão e organização no capitalismo globalizado: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 55.

⁶ Henri Fayol, nascido em 1841, foi aos dezessete anos de idade para a França e conclui curso de engenharia de minas. Embora engenheiro, Fayol era administrador de cúpula e, preocupado em estabelecer princípio da boa administração, publicou, em 1916, o livro *Administração industrial e geral*, onde indicou seis funções interdependentes, que comporiam o corpo empresarial: 1.) operações técnicas: produção, fabricação e transformação; 2.) operações comerciais: compras, vendas, permutas; 3.) operações financeiras: gerenciamento de capitais; 4.) operações de segurança: proteção de bens e de pessoas; 5.) operações

grande desenvolvimento industrial do século XIX e tinha como base princípios de administração da empresa focado na previsão ou planejamento, organização, comando, coordenação e fiscalização.

Por meio de seus ensinamentos, Fayol⁷ mostrou a importância da educação dos colaboradores e defendeu o ensino da administração. Professou o conceito de valor das pessoas nas organizações com bases nas capacidades individuais (intelecto) e nos conhecimentos especiais típicos das funções exercidas e na cultura geral.

O sistema *Just in time* (que significa “em momento certo”, “a justo tempo”) é uma técnica (ou filosofia) que provocou mudanças significativas na organização do trabalho. Esse sistema consiste em produzir o que o mercado demandar, no momento e na quantidade que o mercado solicitar.⁸

Esse modelo reduz os estoques dos produtos como forma de pregar a eficiência na alocação de recursos. Pressupõe menores custos, agilidade e economicidade na produção de bens.

É cada vez maior o número de empresas que opta pelo trabalho com a máxima redução de estoques e procura, então, organizar-se em função dos pedidos segundo a lógica da produção dita pelo mercado.

Para os empresários, o sistema *Just in time* tem uma dupla virtude: “permite adaptar a produção e a empresa aos novos imperativos do mercado (uma demanda que é cada vez mais específica e preocupada com a qualidade)” e, por outro lado, impõe uma nova filosofia empresarial, qual seja, a de se

de contabilidade: inventários, balanços, preços de custo, estatística; 6.) operações administrativas: previsão, organização, direção, coordenação e controle. (FAYOL, Henri. **Administração industrial e geral**. São Paulo: Atlas, 1994, p.23)

⁷ FAYOL, Henri. **Administração industrial e geral**. São Paulo: Atlas, 1994, pp. 27-37.

⁸ O pai desse sistema foi o engenheiro Taiichi Ohno, responsável pela introdução do método na fábrica da Toyota, na década de 1970, em plena crise do modelo fordista de produção. Com sua aplicação, a indústria japonesa conseguiu, já nesse período, que seus estoques correspondessem a vendas de apenas quatro dias. (HELOANI, Roberto. **Gestão e organização no capitalismo globalizado: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 132.)

organizar com objetividade, com modos de “organização considerados mais produtivos, mais rentáveis e que introduzem a exigência de qualidade no centro do processo de produção.”⁹

Os efeitos dessas mudanças de sistema de produção afetam diretamente a ordem econômica de determinada região ou país e, conseqüentemente, interfere na ordem jurídica e nos direitos dos trabalhadores que, a cada movimento desigual de alteração de regime, veem-se obrigados a cumprir diferentes escalas e horários de trabalho em jornadas diversas daquelas previamente ajustadas nos contratos de trabalho.

À luz das pesquisas de campo realizadas por sociólogos e que afetam diretamente a economia das nações e os direitos dos trabalhadores, a difusão das práticas de trabalho em regime de urgência (*Just in time*) inserem-se nas transformações que remetem à noção de modernização e que mistificam toda uma onda de obrigações e de novas rotinas.¹⁰

Nessa nova rotina implementada pelo sistema *Just in time*, o que se busca, novamente, é a eficiência na alocação dos recursos disponíveis.

A análise que se pode fazer, de ante mão, é que o *Just in time* exige do empregado esforços além das condições previstas em contratos de trabalho, pois acaba participando de um “jogo de competitividade econômico” imposto pelo mercado da oferta e da procura, cujo vencedor será a empresa que se dispuser em fazer bens e serviços em regime de urgência.

Por eficiência, nesse caso, é “fazer bem, logo na primeira vez”, com o dever de controlar constantemente a qualidade do que se produz ou se realiza e a necessidade de se adaptar a mudanças de posto.¹¹

O que se vislumbra com a inserção desse modelo japonês de gestão administrativa de produção é que a empresa moderna – numa competitividade acirrada e globalizada – precisa de colaboradores livres, independentes, não condicionados por valores e por uma

⁹ DANIELE, Linhart. **A desmedida do capital**. Tradução: Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 132.

¹⁰ Idem, p. 131.

¹¹ DANIELE, Linhart. Op. cit. p. 133.

cultura regional ou de grupo. As empresas hodiernas necessitam, mesmo que implicitamente previsto no contrato de trabalho, de pessoas capazes de refletir e se expressar pela própria organização, buscando a maximização do lucro, como se fora propriamente sócia ou proprietária da sociedade.

Diante dessas mudanças, chega-se a uma percepção óbvia, oriunda do próprio sistema capitalista implantado durante essas últimas décadas: o modo pelo qual o capital humano é gerenciado nas organizações depende, por assim dizer, não somente de um modelo de gestão predominante em determinado período, mas também da conscientização do empresário ou do gestor no que se refere à importância de se tratar o ser humano com respeito, transparência e dignidade.

2. O mercado de trabalho no século XXI

O mercado de trabalho, até meados dos anos 50, era visto e tomado pela mão de obra masculina, geralmente em fábricas e metalúrgicas com a visão e a busca de um emprego com carteira assinada, burocráticas cargas horárias que eram seguidas a risca.

O objetivo do empregado era manter-se registrado por décadas na mesma empresa, onde sua promoção acontecia pelo tempo de prestação de serviços, tendo, por fim, como objetivo natural dessa cultura, o de se aposentar na empresa.

Ocorre que o tempo foi dando espaço para as novas tecnologias inserindo então formas diferentes de visão deste mercado, ou seja, aquela rotina engessada foi ficando pra trás, vieram às novas formas de comunicação através de toda revolução tecnológica que trouxe os computadores, celulares de última geração e a internet, que fez com que as pessoas pudessem se comunicar e receber informação em qualquer lugar do mundo.

Temos então na década de 80 toda essa revolução que trouxe consigo uma geração de profissionais que já nasce ligada a toda essa frente de tecnologia e juventude, ou seja, o mercado agora não se prende aquele funcionário que tem o tempo de casa e a confiança da empresa, mas sim naquele que

traz a novidade, o interesse pelo novo, as ideias criativas e visionárias para então fazer com que sua empresa não seja mais uma linha de produção, mas sim aquela que apresenta novas tecnologias para se manter viva no mercado.

Este novo tipo de mercado tirou o lugar do pai de família que cumpria sua rotina de forma rigorosa, não só em seu trabalho, mas também frente aos seus familiares, que acompanhavam sua rotina desde a sua saída para o trabalho até a sua chegada para que então pudesse haver o momento familiar.

Hoje é comum se deparar com homens e mulheres que ocupam grandes cargos e se dividem como chefes de família, ou seja, aquele conceito do chefe masculino caiu por terra, dando lugar e espaço tanto ao sexo feminino quanto ao masculino, buscando tão somente aqueles que forem mais criativos e pessoas que conseguem conciliar sua rotina profissional com a pessoal, posto que a disponibilidade pessoal para a empresa chega a ser diuturna.

É muito comum encontrar pessoas que em seu momento de lazer estão conectadas ao seu trabalho, visto que hoje um simples aparelho de celular te dá todos os recursos que antes você só teria contato dentro do escritório, fazendo com que as pessoas fiquem ligadas vinte e quatro horas em seu trabalho.

3. A inovação de produtos e de serviços e seus reflexos nas rotinas

3.1. Conceito de inovação segundo Schumpeter

Joseph A. Schumpeter foi o criador da teoria da inovação, por meio da qual as empresas somente sobrevivem, dando impulso a economia, através da criação de novos produtos, serviços e bens de consumo.¹²

¹² Joseph nasceu no território do extinto Império Austro-Húngaro (atual República Checa), em 1883, no mesmo ano da morte de Karl Marx e do nascimento de John Maynard Keynes. Começou a lecionar antropologia em 1909 na Universidade de Czernovitz (hoje na Ucrânia) e, três anos mais tarde 1911, na Universidade de Graz, onde permaneceu até a Primeira Guerra Mundial. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Joseph_Schumpeter. Acesso em 13/dez/2010.

Sua teoria do ciclo econômico é fundamental para a ciência econômica contemporânea. A razão, segundo o autor, para que a economia saia de um estado de equilíbrio e entre em um boom (processo de expansão) é o surgimento de alguma inovação, do ponto de vista econômico, que altere consideravelmente as condições prévias de equilíbrio.¹³

Exemplos de inovações que alteram o estado de equilíbrio são: a introdução de um novo bem no mercado, a descoberta de um novo método de produção ou de comercialização de mercadorias; a conquista de novas fontes de matérias-primas, ou, por fim, a alteração da estrutura de mercado vigente, como a quebra de um monopólio.

A introdução de uma inovação no sistema econômico é chamada por Schumpeter de “ato empreendedor”, realizada pelo “empresário empreendedor”, visando a obtenção de um lucro. O lucro é o motor de toda a atividade empreendedora, segundo o autor, o qual trata o lucro não como a simples remuneração do capital investido, mas como o “lucro extraordinário”, isto é, o lucro acima da média exigida pelo mercado para que haja novos investimentos e transferências de capitais entre diferentes setores.

Para que uma inovação seja realizada, é necessário que três condições sejam cumpridas: que em um determinado período existam novas e mais vantajosas possibilidades do ponto de vista econômico privado, numa indústria ou num setor de indústrias; acesso limitado a tais possibilidades, seja devido a qualificações pessoais necessárias, seja por causa de circunstâncias exteriores; e, finalmente, uma situação econômica que permita um cálculo de custos e planejamento razoavelmente confiável, isto é, em uma situação de equilíbrio econômico.

3.2. Inovação empresarial e rotinas

O mercado de trabalho é influenciado diretamente pela rotina das empresas. Schumpeter entende que para evoluir no tempo existe a necessidade de passar por processos ininterruptos de inovação. A empresa tem que

inovar em seus produtos, processos e suas fontes para que possam permanecer no mercado produtivo de forma competitiva.

Entende-se que é necessário que haja inovação devendo a empresa focar na busca permanente de formas diferentes de se enquadrar no mercado, buscando sempre se manter atualizada, acompanhando as inovações que o mercado apresenta.

Essas inovações ocorrem por meio de estratégias na busca permanente de mudanças onde as combinações econômicas e tecnológicas estão ligadas as necessidades e meios existentes.

Schumpeter entende que “a realidade econômica não executa necessariamente os métodos até que cheguem à sua conclusão lógica com inteireza tecnológica, mas subordina sua execução a pontos de vista econômicos.” Para o renomado economista, “o ideal tecnológico, que não leva em conta as condições econômicas, é modificado. A lógica econômica prevalece sobre a tecnologia”¹⁴.

Ou seja, o desenvolvimento econômico esta ligado a “mudança tecnológica descontínua”¹⁵, caracterizada pelo desenvolvimento voltado ao crescimento.

Essa busca de oportunidades e inovações tem como objetivo gerar lucro aos investidores para diminuir e enfraquecer a concorrência, pois ao inserir novos bens e serviços no mercado, aumenta a chances de disputa enfraquecendo assim o poder de seus concorrentes.

Na teoria Schumpeteriana a inovação visa apenas o lucro extraordinário com as vantagens competitivas, fazendo alusão aos processos que buscam a criação e inovação de produtos com foco competitividade do mercado.

Neste conceito se enquadra a livre iniciativa que proporciona as empresas em seus segmentos a utilizar as inovações econômicas e tecnológicas para conquistar

¹³ Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Joseph_Schumpeter. Acesso em 13/dez/2010.

¹⁴ SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: Uma investigação sobre lucros, capital crédito, juro e o ciclo econômico**. 3 ed. Tradução de Maria Silvia Possas. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1987, pp. 16.

¹⁵ MARTINS, Marcos Madeira de Matos. **A empresa e o valor do trabalho humano**. São Paulo: Almedina, 2012.

novos consumidores, oferecendo as estes melhores bens e serviços.

Esta livre iniciativa represente “um processo (ativo) de criação de espaços e oportunidades econômicas” e não apenas “um processo (passivo) de ajustamento em direção a um suposto equilíbrio”¹⁶

A empresa analisa a concorrência para tomada de decisões, visando seus ganhos, tendo essa rivalidade como estratégia de inovação, formada por um conjunto de elementos da empresa para o seu crescimento.

As inovações do mercado provocam alterações industriais, produtivas, tecnológicas que servem como uma forma de desenvolver novos processos, produtos e mercados.

Assim, o equilíbrio é substituído pela noção mais geral de “trajetória” e o de racionalidade maximizadora ou substantiva, substituindo pelo da racionalidade limitada ou processual.

Já para os neoschumpeterianos a empresa é o conjunto de processos de rotina por meio do qual, para inserir-se no mercado competitivo, utiliza-se dos problemas detectados nas rotinas, pondo em ação rotinas de solução de problemas e demandas de alterações nas próprias rotinas como forma de justificar a introdução de inovações procedimentos, servindo-se ou não de inovações tecnológicas.

Essa teoria contrasta o enfoque estático tradicional e vê na concorrência um processo evolutivo e dinâmico, o qual é gerado por fatores criados dentro do sistema econômico, destacando as inovações que surgem nas empresas quando da busca de novas oportunidades lucrativas em sua interação competitiva.

Na abordagem neoschumpeteriana, a concorrência não gera somente comportamentos adaptativos, mas também atitudes ou iniciativas inovadoras.

Se uma empresa percebe a existência de rivais em seu mercado, ela provocará ajustamentos e restrições aos seus agentes, provocará também, atitudes na forma de iniciativas que gerem vantagens em relação aos concorrentes e que possam, nem que seja

temporariamente reduzir as restrições ocasionadas pela existência da concorrência.

Assim, as empresas com maior poder de mercado obterão melhores preços. É nesse momento que se dá a repartição da quase renda de inovação entre o produtor e outros agentes econômicos, sejam elas empresas compradoras ou fornecedoras.

No tocante às inovações, as empresas analisam qual o lucro esperado com relação a um produto já existente no mercado. Escolhem contratar trabalhadores, de um lado, ou contratar cientistas e engenheiros de outro, para elaboração de novos processos e produtos.

Além disso, dentro da abordagem neoschumpeteriana a dinâmica da inovação não depende apenas dos recursos destinados e esse fim, mas, sobretudo do aprendizado que é cumulativo e sistêmico. É cumulativo no sentido de que o conhecimento é reproduzido e aperfeiçoado com a experiência produtiva e sistêmico, no sentido de que a interação ou a universalização do conhecimento é algo imprescindível à evolução técnica.

Ademais, nessa teoria as empresas se comportam com rotinas consolidadas através de sua experiência, que possuem o papel de coordenar a atividade interna dos membros da empresa.

O mercado, em suas constantes mutações, impõe uma constante adaptação às condições estruturais da economia. Novas formas de produção, novos conceitos organizacionais, entre outros, são conceitos que se renovam a cada paradigma, obrigando os agentes econômicos a uma rápida adaptação ao cenário vigente.

Os neoschumpeterianos afirmam que no mercado o conhecimento é cumulativo e passível de ser absorvido pela concorrência. De igual modo, afirmam também que a concorrência é um processo evolutivo e dinâmico gerado a partir de fatores endógenos ao sistema econômico.

Dentro da abordagem neoschumpeteriana a dinâmica da inovação não depende apenas dos recursos destinados e esse fim, mas, sobretudo do aprendizado que é cumulativo e sistêmico. É cumulativo no sentido de que o conhecimento é reproduzido e aperfeiçoado com a experiência produtiva e é

¹⁶ POSSAS, Mario L. **Concorrência Schumpeteriana**. in MARTINS, Marcos Madeira de Mattos. **A empresa e o valor do trabalho humano**. *op. cit.*, 2012

sistêmico no sentido de que a interação ou a universalização do conhecimento é algo imprescindível à evolução técnica.

Em geral, a evolução de uma dada tecnologia é contínua e progressiva dentro de uma unidade produtiva. Entretanto, num certo momento, esta tecnologia pode ser objeto de mudanças radicais provocando uma ruptura no processo de sua evolução. A partir deste ponto de descontinuidade, emerge um novo conjunto de oportunidades ou alternativas das quais algumas podem tornar-se caminhos para novos processos tecnológicos.

4. Os desafios da mão de obra frente ao novo mercado de trabalho

O modelo do trabalhador de fábrica e indústria alterou significativamente. Atualmente, as vagas são disputadas pelo público jovem que já nasceu na década de 80, ou seja, junto ao surgimento de todos os meios de tecnologia hoje disponíveis. Tendo então o mercado se deparado com um público jovem cheio de ideias e disposição para colocá-las em prática.

Este novo perfil de pessoas deixa pra trás aqueles que de algum modo se acomodaram com o antigo mercado de trabalho e não acompanharam a evolução tecnológica, fazendo com que estes que ficaram engessados perdessem lugar na disputa tão acirrada por uma vaga de emprego.

Esta novidade tecnológica e de profissionais mais jovens e recém-qualificadas, também deu vazão a uma rotina de pressão constante, onde o ser humano já não é mais um empregado reconhecido pelo seu tempo de empresa e dedicação, mas sim pelo o quanto ele consegue produzir e em quanto tempo, sendo esta então visto e medido como um número.

A visão do mercado de trabalho está completamente modificada pelo novo perfil de profissionais e também pela devastação das inovações tecnológicas, e traz consigo o maior número de desemprego, pois caiu por terra o conceito de emprego juntamente com a segurança social.

As empresas enxergaram a necessidade de investir para encontrar evolução, ou seja, inovar, frente a grande concorrência. Hoje esta

concorrência esta muito maior, dando oportunidade de escolha ao consumidor do bem ou serviço, podendo este escolher aquilo que ira lhe proporcionar mais comodidade e rapidez, pois esta também esta inserida nesta realidade de que “tempo é dinheiro”, torna-se então um ciclo vicioso, pois hoje todas as pessoas se dizem sem tempo, mas ressalta-se que o tempo é o mesmo o que mudou foram os meios pelos quais se tem acesso a esta informação.

Dupas acentua que a “divisão social do trabalho subverte-se pela contínua evolução dos sistemas técnicos, motivo pelo embate estratégico da concorrência.” A técnica em expansão, embora “abra novos domínios ao poder criador e à atividade dos homens, está a serviço do capital e de sua acumulação.”¹⁷

A sociedade pós-moderna produz aquilo que lhe é conveniente. O trabalhador inserido na empresa submete-se a uma diversidade de funções, e, embora esteja rodeado de novas tecnologias, acaba subvertendo sua capacidade de compreensão do que é útil e qual a razão de se produzir algo senão em virtude do sacrifício de seu tempo em troca de remuneração.

O impacto direto desses fatores no mercado de trabalho fez que estes novos profissionais, hoje do sexo feminino e masculino buscassem sua capacitação para se colocar em um mercado que oferece oportunidades de empregos com mais benefícios salariais, buscando estabilizar as relações, oferecendo a este empregado a flexibilidade, sem contar o crescimento nas terceirização de mão de obra, visando a exploração da qualidade daquele perfil de prestador de serviços e seu baixo custo e sua fácil substituição.

O novo mercado e a inovação trouxeram consigo um grande fator a ser discutido *tempo de trabalho x tempo livre*, com todas essas modificações e evoluções tecnológicas, se faz questionável se hoje os trabalhadores que conseguem sobreviver neste novo mercado sabem distinguir seu horário de trabalho com seu tempo livre.

¹⁷ DUPAS, Gilberto. **Ética e poder na sociedade da informação. De como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso.** São Paulo: Editora UNESP, 2001, pp. 69-71

O fato é que a introdução de novas tecnologias no ambiente de trabalho resultou na necessidade de substituir os trabalhadores que exerciam atividades industriais para homens com novas capacitações técnicas, que produzam mais, em menor tempo de trabalho, focados numa economia mundial para atender os mais diversos tipos de clientes.

Conclusão

Através do presente artigo, podemos concluir que o novo mercado de trabalho, busca força dinâmica, disposta a oferecer benefícios que estimulem a criação de novos produtos e novos serviços a ser disponibilizados aos consumidores.

A criatividade do trabalhador é ponto fundamental em um novo mercado em que a tendência é a inovação constante. Para os empresários e gestores corporativos, a figura do novo empregado cinge-se à inspiração e à criação, bem como à resolução de problemas rotineiros para manter a empresa competitiva, dentro de um mercado que, atualmente, traz novas formas de tecnologia, reduzindo a distância das pessoas.

Cabe ao empresário, entretanto, não somente exigir eficiência e dinamismo do empregado, mas também propiciar meios para que ele possa desenvolver-se intelectualmente, respeitando sua jornada de trabalho, de modo a possibilitá-lo a acompanhar as ideias e as funcionalidades de novas ferramentas criadas pelos mercados.

Se o empresário pode estabelecer metas para que o empregado atinja um despenho desejável no mercado em que atua, deve o gestor também estimá-las de forma razoável, em determinado espaço de tempo, tornando-as possíveis de serem cumpridas, respeitando sua dignidade.

O trabalhador está sendo cobrado reiteradamente para atingir o cumprimento de metas traçadas pelo empresário. Se não bastasse a existência da competitividade externa, com as empresas concorrentes, o trabalhador também sobre competitividade interna com outros pares de seu grupo, impondo a ele uma obrigação de eficiência que acaba repercutindo negativamente em sua saúde e bem estar.

A inserção do assédio moral – cobranças repetitivas de cumprimento de metas de formas diretas e exacerbadas – acaba subvertendo os valores das coisas e sentimentos naturais: as filosofias criadas pelas grandes corporações são a de que o empregado somente será bem sucedido se fizer tudo o que pedirem no momento certo, em prazo fixado, devendo os subordinados estar alinhados diariamente às informações e às mudanças dos mercados, sob pena de perderem espaço aos concorrentes.

Submetido a essa ansiedade e compulsão de cumprimento de metas e superação, o empregado tem de mostrar a seus superiores e a toda sociedade que ele pode superar o meio, demonstrando condição física e psíquica para isso. A conjunção desses fatores é nociva ao trabalhador.

Repensar a forma de tratar o trabalhador e a maneira pela qual devem ser desenvolvidas as novas tarefas é ponto crucial no mercado de trabalho que, paulatinamente, afasta o ser humano do recinto de trabalho e o retrai para sua casa, para sua moradia.

A família e as relações privadas estão sendo substituídas, de forma vertiginosa, pela rotina de tarefas criadas e cobradas pelas empresas, cujo canal de comunicação é feita através de smartphones e microcomputadores.

REFERÊNCIAS

- DANIÈLE, Linhart. **A desmedida do capital**. Tradução: Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2007.
- DUPAS, Gilberto. **Ética e poder na sociedade da informação. De como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso**. São Paulo: Editora UNESP, 2001.
- FAYOL, Henri. **Administração industrial e geral**. São Paulo: Atlas, 1994.
- FUCK, Anderson. **Auditoria externa e interna**. Artigo Científico de autoria Anderson Fuck. Artigo científico publicado em conjunto com auditoria externa e interna. Disponível em www.isulpar.edu.br.
- HELOANI, Roberto. **Gestão e organização no capitalismo globalizado: história da manipulação psicológica no mundo do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007.
- KAHNEY, Leander. **A cabeça de Steve Jobs**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Agir, 2009.
- MARTINS, Marcos Madeira de Matos. **A empresa e o valor do trabalho humano**. São Paulo: Almedina, 2012.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: Uma investigação sobre lucros, capital crédito, juro e o ciclo econômico**. 3º ed., Tradução de Maria Silvia Possas. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1987.
- SMITH, Adam SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Luiz João Baraúna, vol. I, 3.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- SILVA, João Willian da. **Uma análise sobre o sistema de inovação**. Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia-UESB 2011. Disponível em <www.ebah.com.br>.

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar o tráfico internacional de crianças, as modalidades de abuso infantil como o uso de crianças em conflitos armados, trabalho infantil e exploração sexual. Abordando as causas nos aspectos econômico e geográfico. As ações de enfrentamento ao tráfico nos países mais desenvolvidos do cone sul-sul: Fórum de Diálogo IBAS, Índia, Brasil e África do Sul, possui fortes medidas de segurança nacional e internacional, e políticas de desenvolvimento social e econômico, as quais contribuem para a redução do tráfico internacional.

Palavras-chave: Tráfico Internacional de Crianças. Índia. Brasil. África do Sul.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the international trafficking of children, child abuse modalities as the use of children in armed conflicts, child labor and sexual exploitation of children. Addressing the causes in the economic and geographic aspects. The actions to combat the traffic in most of developed countries of South cone: The IBAS Dialogue Forum, India, Brasil and South Africa, have a strong national and international security measures, social and economic policies, which contributes to the reduction of human trafficking.

Keywords: International Children trafficking. India. Brasil. South Africa.

*Miguel Augusto Machado de Oliveira Miguel Machado é Professor, Escritor e Advogado. É formado pelas Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES.

**Renata Domingues Lima da Silva - Graduada em Direito em 06/2012. Formada na escola Good Hope Studies - África do Sul. Professora de alfabetização infantil na Ong The Shine Centre - África do Sul – 2010. Participante do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social do Governo Federal – CDES. Coordenadora do Projeto Passe a Quem Precisa.

Introdução

O tráfico internacional de crianças é um crime transnacional conhecido na contemporaneidade como uma forma moderna de escravidão, uma vez que na antiguidade não havia a criminalização do tráfico de pessoas, e hoje prática é definida como crime.¹

A definição de tráfico de pessoas está amparada em lei, foi consagrada em assembleia da Organização das Nações Unidas, na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, conhecido como Convenção de Palermo. O artigo 3º do Protocolo dispõe acerca do tráfico de pessoas, sendo o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou recolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou outras formas de coação ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade, ou à situação de vulnerabilidade ou a entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outras, para o fim de exploração.²

As crianças e as mulheres são as maiores vítimas do tráfico, tanto para fins de exploração sexual, como para trabalho forçado, tráfico de órgãos e em determinados países, para rituais de magia. As crianças representam um total de 27 por cento do total de pessoas traficadas em todo o mundo, sendo que a cada três crianças traficadas, são duas meninas e um menino. O crime possui dimensões alarmantes, atingindo atualmente mais de 2,4 milhões de pessoas em todo o mundo, dentre elas crianças e adultos, faturando anualmente mais de 30 bilhões de

dólares, perdendo em lucros somente para o tráfico de drogas e de armas.³

Um minucioso estudo mostrou que das crianças brasileiras que foram adotadas por estrangeiros e levadas para o exterior, principalmente para os Estados Unidos da América e para alguns países da Europa, é desconhecido o número das que permanecem vivas. Uma pesquisa de grande magnitude realizada no Brasil apontou as rotas do tráfico interno e externo, contribuindo para as ações de enfrentamento ao tráfico. O Brasil possui legislações internas que tratam do tráfico de crianças, o estatuto da criança e do adolescente, o código penal e além destes, o país é signatário de diversos tratados internacionais de combate ao tráfico de seres humanos.

O Grupo dos Países Desenvolvidos do Cone Sul-Sul, IBAS, composto pela Índia, Brasil e África do Sul, possui forte atuação no campo da defesa nacional, atuando juntamente com a administração pública fornece diretrizes e alternativas de atuação para o enfrentamento ao tráfico, agindo juntamente com ações de segurança e desenvolvimentos econômico e social.⁴

Uma das maiores dificuldades para combater o tráfico de seres humanos é a falta de harmonização legislativa nos tratados internos dos países e a existência de diferentes definições, uma vez que nem todos os países são signatários dos mesmos protocolos. A desigualdade social e a falta de condições mínimas de sobrevivência são fatores que interferem e agravam o crescimento do número de pessoas traficadas, igualmente, os desastres naturais como terremotos aumentam a quantidade de pessoas vítimas dos traficantes de pessoas, haja vista que a maioria das vítimas é ludibriada com falsas promessas de emprego e de melhores condições de vida, são crianças e adultos vulneráveis às ações dos criminosos.

¹ JESUS, Damásio Evangelista de - Tráfico Internacional de Mulheres e crianças no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003, p.15.

² Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, 2004.

³ Relatório 2012 das Nações Unidas Sobre o Tráfico de Pessoas. In. http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf. p. 39.

⁴ VICENTINI, Paulo Fagundes; CÉPIQUE, Marco Aurélio e Pereira; DANILEVCZ, Ana Lucia – Fórum de Diálogo IBAS – Uma Experiência de Cooperação Sul-Sul. Editora Juruá, 2011, p.18 à 21.

1. Crianças em conflitos armados

A utilização de crianças em conflitos e guerras civis é um fenômeno que ocorre desde a antiguidade, porém recentemente passou a chamar a atenção da comunidade internacional. Milhares de crianças são sequestradas para servirem como soldados de guerrilhas, os líderes optam por crianças porque elas desconhecem o perigo e assim são facilmente manipuladas pelos líderes das guerrilhas. Estima-se que em média 250 à 300 mil crianças façam parte de conflitos armados servindo como escravos soldados de guerra, são meninas e meninos espalhados em mais de 60 países, a maioria está na África, Ásia e América do Sul. A maior parte dessas crianças é sequestrada de suas famílias e forçada a fazer parte dos grupos armados.

Devido às situações de pobreza, demografias e conflitos em determinados países, os jovens formam a maior parte das populações e são eles os mais facilmente atraídos para os conflitos. Na maioria dos casos as crianças são enganadas com falsas promessas de estudos, de uma vida melhor, e também são ludibriadas para acreditarem que estão servindo em defesa de suas terras, são enganadas ao ponto de servirem com grande fidelidade aos seus comandantes sequestradores, muitas meninas além de servirem nas guerrilhas, são escravas sexuais dos líderes. A maioria dos distúrbios sofridos pelas crianças que servem em conflitos é irreversível. São traumas psicológicos, vícios em entorpecentes e álcool servidos pelos comandantes, má nutrição, casos de mortes por alto grau de desnutrição, doenças incuráveis, problemas dermatológicos e respiratórios, problemas de formação dos ossos por consequência do uso de armamentos pesados. As crianças são mais suscetíveis aos problemas de saúde uma vez que seus órgãos ainda estão em desenvolvimento e têm menor resistência.

As sociedades também sofrem as consequências porque as crianças que servem como soldados em sua maioria nunca receberam educação formal oferecida pelo governo, não possuem acesso à saúde, desconhecem a forma de convívio em família

e dificilmente se readaptam ao convívio em sociedade.⁵

2. Exploração Sexual Infantil

A rede internacional do tráfico movimentava crianças do mundo inteiro, incluindo meninas e meninos, em geral são pardas ou negras e provenientes de famílias de baixa renda e com baixa escolaridade. As agências internacionais têm ressaltado o caráter diferencial do tráfico de crianças em comparação ao tráfico de adultos, em geral esse diferencial decorre da condição específica de vulnerabilidade da criança. O termo exploração sexual comercial de crianças abrange várias formas como turismo sexual de crianças e pornografia infantil.

A Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, não trazia com grande precisão a definição de exploração sexual de crianças, então foi elaborado um Protocolo Facultativo à Convenção Sobre Venda de Crianças, Prostituição e Pornografias Infantis, em 1999, trazendo definições precisas para as três formas de exploração. A venda de crianças significa qualquer ato ou transação, nas quais uma criança é transferida por qualquer pessoa para outra mediante remuneração ou qualquer outra consideração. Prostituição infantil é o uso de uma criança em atividades sexuais mediante remuneração ou qualquer outra forma de consideração. Pornografia infantil significa a reprodução, por qualquer meio, da imagem de uma criança estando esta envolvida em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou qualquer imagem de partes sexuais de uma criança para primariamente, propósitos sexuais.

De acordo com o professor Damásio Evangelista de Jesus, em seu livro Tráfico Internacional de Mulheres e crianças:

O esquema do tráfico de crianças copia o modelo econômico que impera hoje no mundo: as crianças das comunidades desfavorecidas são exportadas em proveito de

⁵ Relatório 2012 das Nações Unidas Sobre o Tráfico de Pessoas. In. http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf. p. 34 à 40.

representantes das sociedades ricas. Assim sendo, os outros fatores, derivados da falta de recursos e, portanto, endêmicos aos estados marginais, consorciaram-se para agravar a situação.

Os dados precisos acerca da situação das crianças que sofrem abusos ou exploração sexual são de difícil obtenção tendo em vista que a criança como é natural para sua idade, ainda com desenvolvimento incompleto, possui uma tendência natural a se calar diante do sofrimento, isso é um fator agravante para as ações de combate aos abusos infantis e para a preservação dos direitos humanos infantis. Na última década, o Brasil tem feito grandes progressos em relação ao combate a exploração sexual infantil.⁶

3. Trabalho Infantil

Crianças são recrutadas para o trabalho infantil por serem mão de obra barata. Estudos apontaram que as crianças por desconhecerem o perigo aceitam mais facilmente trabalhos perigosos, na maioria dos casos elas são mantidas afastadas de suas famílias e cumprem longas jornadas de trabalho sofrendo abusos e maus tratos, e não possuem a possibilidade de abandonar a atividade devido à total dependência em relação a quem as mantém trabalhando forçado.

De acordo com os padrões estabelecidos internacionalmente, trabalho infantil é aquele realizado por crianças de até 15 anos e em alguns países em desenvolvimento a idade é de até 14 anos e que cause dano ou prejudique seu pleno desenvolvimento, ao mesmo tempo em que tal indivíduo é explorado economicamente. O mais recente relatório global, realizado pela Organização Internacional do Trabalho, (OIT), estima que aproximadamente 250 milhões de crianças trabalham em todo o mundo e 115 milhões em situações de extremo risco.

No Brasil era considerado comum o trabalho infantil, alguns fatores tornaram o

cenário do país mais adequado para uma situação crônica de exploração do trabalho infantil, como as conseqüentes crises econômicas ocorridas que agravaram a desigualdade social, a distribuição de renda, desde o começo dos anos 90, diversas mudanças puderam ser notadas, havia 9,6 milhões de crianças e adolescentes com idades até dezessete anos trabalhando no mercado formal e informal em 1992. Em 2009, segundo a PNAD – Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios, esse número caiu quase pela metade, sendo 4,2 milhões de crianças e adolescentes em situação de trabalho, marcando uma redução de 42% em quinze anos, no entanto à partir dos anos 2000, a redução nesses números se tornou mais lenta.⁷

No Brasil um dos setores que mais impulsionam o trabalho infantil é a indústria do tabaco, somente na região sul 80 mil crianças trabalham nas lavouras de fumo e em situação análogas a de escravidão, o trabalho infantil é predominantemente agrícola, cerca de 36,5% das crianças estão em granjas, sítios e fazendas, 25% estão trabalhando em lojas e fábricas.

Como consequência dos já mencionados fatores sociais que agravam a situação de pobreza e desigualdade social, meninas e meninos são levados pelos traficantes internacionais e algumas vezes vendidas pelas próprias famílias, as crianças provenientes de regiões pobres ou etnicamente minoritárias são vistas pelos traficantes como objetos de exploração. As mudanças afetam também a divisão de gênero no contexto do trabalho infantil. Os meninos correspondem a 66% do total de trabalhadores em idade entre cinco e dezessete anos, porém ainda assim a presença das meninas em ambientes de trabalho cresceu nos últimos anos, com maior frequência em situação de exploração sexual ou de trabalho infantil doméstico.

⁶ JESUS, Damásio Evangelista de - Tráfico Internacional de Mulheres e crianças no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003, p.152 e ss.

⁷ Prevenção e erradicação do trabalho infantil. OIT Brasil. In. <http://www.oitbrasil.org.br/category/tema/trabalho-infantil>

4. Adoção internacional e o tráfico de crianças

O último recurso utilizado para colocação de uma criança em uma família é a adoção internacional, sendo uma medida excepcional e irrevogável. Devido às diversas ocorrências relacionadas à adoção internacional e o tráfico de crianças, a comunidade internacional começou a agir com intuito de garantir maior segurança para as crianças enviadas ao exterior e passou a elaborar leis mais rígidas, visando maior controle e fiscalização nos processos de adoção.

No ano de 1992, uma denúncia no parlamento europeu provocou grande debate sobre o tráfico internacional de crianças, a denuncia foi de que apenas mil dentre o total de 4 mil crianças brasileiras que foram adotadas e enviadas para a Itália permaneciam vivas. Após esta denúncia, diversas outras surgiram e o assunto tornou-se urgente no Brasil depois também que estimativas do Governo Federal indicavam que nos anos 1980 e 1990, 19.071 crianças brasileiras foram adotadas por famílias estadunidenses e europeias, contudo, o destino de muitas dessas crianças era desconhecido.

Nos anos seguintes foram aprovadas diversas convenções internacionais com o objetivo de garantir os direitos das crianças e adolescentes e inibir adoções internacionais fraudulentas e o tráfico de menores. A legislação brasileira incorporou as medidas e princípios estabelecidos nas convenções ratificadas, proporcionando segurança e credibilidade à adoção internacional. Foram três Convenções de maior destaque, a já citada Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, 1989; a Convenção de Haia, 1993 e a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, de 1994. As Convenções trazem um conjunto de medidas e procedimentos que representam uma garantia às convenções internas que garantem ao adotado por estrangeiros não residentes, direitos e garantias iguais ou semelhantes às que encontraria em seu país de origem.

No Brasil, a adoção internacional é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do

Adolescente, definindo esta modalidade de adoção como aquela postulada por pessoa ou casal domiciliado fora do Brasil. Recentemente a Lei 12.010 de 2009, conhecida como Lei Nacional da Adoção alterou a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, definindo a Adoção Internacional e estabelecendo novas regras.

O Estatuto da criança e do Adolescente trouxe requisitos básicos como a situação jurídica da criança e habilitação dos requerentes à adoção. Conforme expresso no artigo 46 do referido Estatuto, o estágio de convivência é requisito obrigatório que antecede a adoção, tanto a internacional quanto a nacional, sendo desnecessário se a criança tiver menos de um ano de idade ou se em qualquer que seja sua idade, a criança já esteja na companhia do adotante por tempo suficiente para que possa ser avaliada a conveniência da constituição do vínculo. O estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade. Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do país, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de no mínimo 30 dias.

Importante elucidar que conforme disposto no artigo 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o adotando somente poderá sair do país após o trânsito em julgado da decisão que concedeu a adoção internacional.⁸

5. Ação de enfrentamento ao tráfico internacional de crianças do Brasil junto ao grupo IBAS – Índia, Brasil e África do sul

O grupo IBAS, formado pela Índia, Brasil e África do Sul, constitui um grupo de três países considerados as maiores potências do cone sul, são países que conquistaram bom nível de autonomia na formulação de suas políticas externas tendo nos dias atuais, grande importância no cenário internacional para se

⁸ JESUS, Damásio Evangelista de - Tráfico Internacional de Mulheres e crianças no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003, p.141 a 149.

contrapuserem às ações autoritárias e unilaterais das grandes potências mundiais, além de interagir para formar novos paradigmas de governança global e um equilibrar o poder no mundo. No século XXI houve um grande aumento das relações comerciais e de todo o tipo de fluxo entre a América do Sul, a África e a Ásia e o que se observa é um crescimento em todos os tipos de relações e intercâmbio entre os três países, e consequentemente a esse crescimento houve o crescimento do tráfico de pessoas entre essas três regiões.⁹

O Fórum de Diálogo Índia- Brasil e África do Sul foi instituído em junho de 2003 após uma proposta sul africana feita ao Brasil, China, Índia e Arábia Saudita em fevereiro do ano 2000, porém a exclusão da China e da Arábia Saudita ocorreu devido ao seu regime político não ser democrático, tendo em vista que as declarações do IBAS contém discurso de democratização do sistema internacional e principalmente das instituições multilaterais. No documento inaugural do IBAS, o primeiro ponto destacado é a reforma da governança global, destacando o fortalecimento de muitas de suas instituições como a segurança, transporte, ciência e tecnologia, comércio, turismo. Ocorrem fóruns e seminários entre Brasil, Índia e África do Sul com a intenção de aproximar instituições e debater as questões mais relevantes, são fóruns de eventos culturais, mulheres, empresários, parlamentares, editores. Dentre os pronunciamentos do IBAS, destacam-se o fortalecimento do poder das mulheres para superar a pobreza, a defesa dos direitos humanos e a condenação ao racismo.

As ações do IBAS estão concentradas em três pontos, o primeiro é o desenvolvimento de áreas-chave para o país, desde assentamento para populações pobres até domínio de tecnologias, o segundo ponto é o fomento direto das relações econômicas, com acordos de livre comércio e fóruns que aproximem as iniciativas privadas de cada

país. O terceiro ponto é resolver problemas que impeçam a aproximação dos três países, sejam de diferenças estruturais ou culturais, de transporte ou logísticos.

O IBAS é um grupo de bastante destaque no cenário internacional sendo reconhecido como uma iniciativa inovadora e bem sucedida de cooperação entre países em desenvolvimento, promovendo a coordenação em temas relevantes para o Brasil na agenda internacional. O IBAS está organizado em grupos chamados Grupos de Trabalho, possuindo um Plano de Ação que delineou as principais áreas de cooperação, Atualmente existe 16 grupos que são: agricultura, cultura, defesa, educação, energia, meio ambiente e mudanças climáticas, saúde, assentamentos humanos, sociedade da informação, administração pública, administração tributária e aduaneira, desenvolvimento social, comércio e investimentos, transportes e turismo.

O Grupo de Trabalho de Defesa foi o grupo que teve desenvolvimento das ações mais rápido no início do IBAS e possui alto poder de cooperação, sendo o grupo de pronunciamentos mais extensos que possui. O IBAS relaciona o aumento da criminalidade e do terrorismo à pobreza, defendendo que as ações de combate à miséria e a fome interferem na redução da criminalidade, e que a não proliferação de armas, incluindo armas químicas também reduz a ação de criminosos, entretanto, o IBAS não afirma que a pobreza é o fator gerador da criminalidade. Existe o chamado Fundo IBAS de Combate à Fome e à Pobreza que financiam projetos de desenvolvimento para terceiros países com maiores necessidades, contribuindo fortemente para a paz.

Na última reunião do IBAS, realizada em março de 2012, foi requerido por representantes do grupo uma nova ordem mundial e reformas no Conselho de Segurança das Nações Unidas que levem em consideração a nova realidade do mundo. A reunião pretende reforçar princípios similares de política externa, incluindo a defesa dos interesses das populações pobres, promoção de crescimento econômico sustentável e uma

⁹ VICENTINI, Paulo Fagundes; CÉPIQUE, Marco Aurélio e Pereira; DANILEVCZ, Ana Lucia – Fórum de Diálogo IBAS – Uma Experiência de Cooperação Sul-Sul. Editora Juruá, 2011, p.17.

posição internacional independente coerente com a nova ordem internacional.¹⁰

As ações de enfrentamento ao tráfico de pessoas implantado pelo Brasil, África do Sul e Índia, juntamente com as parcerias de defesa e segurança, cultural, econômica, campanhas de conscientização e os esforços na área da educação e prevenção ao crime e erradicação da pobreza, tornam o IBAS um grande aliado no combate ao crime organizado transnacional, sendo os três países signatários do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado Transnacional.

6. Tráfico internacional de pessoas na Índia e África do Sul

6.1. Tráfico Internacional de crianças na Índia

O tráfico de pessoas no sul da Ásia é um dos crimes que mais cresce no âmbito do crime organizado transnacional. A Índia é um país com alto índice de tráfico, a cada ano mais de 40 mil crianças são traficadas no país para trabalho escravo, exploração sexual, casamentos forçados e comércio de órgãos, a cada hora 11 crianças desaparecem no país. Em toda a nação, a situação é mais grave na capital Nova Deli, uma vez que 1.442 crianças desapareceram somente no ano de 2011. As maiores vítimas no país são as mulheres e meninas, devido às grandes procuras por trabalhadores domésticos milhares de mães entregam seus filhos sob a falsa promessa de vida melhor nas grandes cidades, assim, as crianças acabam por parar nas mãos de traficantes. Muitas das vítimas são meninas e mulheres que servem os homens nos templos, são as chamadas devadasis, as meninas com poucos meses de vida são oferecidas em cultos religiosos, e com a idade média de 9 anos iniciam a prática sexual, a maioria delas aos 10 anos de idade atende uma média de 20 homens por dia. O governo indiano proíbe essa prática desde o ano de 1982, porém a maior dificuldade de combater se deve ao fato de que é um costume milenar, as próprias famílias de

castas inferiores entregam as filhas para a prática da prostituição dentro dos templos, e o destino de muitas dessas jovens é o tráfico de pessoas.

Um grande obstáculo a ser enfrentado pela Índia em relação à segurança é a falta de coordenação das diversas agências e setores entre si e com os órgãos de decisões mais centrais.

Atualmente as ações de enfrentamento ao tráfico de humanos na Índia vêm se tornando mais rígidas, uma vez que juntamente com o UNODC, o governo federal, os governos estaduais e as organizações não governamentais implantaram projetos em colaboração com o Ministério da Mulher e Desenvolvimento Infantil para reprimir o tráfico de seres humanos. Diversas comunidades e organizações atuam em conjunto para impedir o tráfico humano e reabilitar os sobreviventes através da educação, sustento quando necessário e programas de geração de consciência, comitês de vigilância e defesa atuam permanentemente em diversas aldeias. Na região sul da Índia, os programas de enfrentamento ao tráfico de humanos possuem casas de abrigo que fornecem moradia temporária para mulheres e crianças que foram resgatadas do tráfico de seres humanos, tendo como finalidade restaurar a confiança, a esperança e o bem-estar emocional dos resgatados.¹¹

6.2. Tráfico de crianças na África do Sul

A África do Sul é o país destino de milhares de vítimas do tráfico de seres humanos provenientes de todo o continente africano, sendo as crianças as maiores vítimas em todo o continente. O país é destino de milhares de vítimas do tráfico por ser o mais desenvolvido do continente, a maioria das pessoas traficadas para a nação é composta por mulheres que são exploradas sexualmente, em todo o país a estimativa de lucro com o tráfico é de 438 milhões de dólares. A África do Sul é considerada pelos traficantes internacionais um local de baixo risco e alta lucratividade, as formas de exploração identificadas são: o uso

¹⁰ Fórum de Diálogo Índia-Brasil-África do Sul – IBAS. In. <http://www.itamaraty.gov.br/temas/mecanismos-inter-regionais/forum-ibas>.

¹¹ Tráfico de crianças. In. <http://www.childlineindia.org.in/child-trafficking-india.htm>

de órgãos para fins de rituais de magias, nesses casos as vítimas são na maioria órfãos abandonados por conta de serem portadores do vírus HIV; prostituição; pornografia; casamentos forçados; escravidão doméstica; trabalhos forçados; venda de órgãos humanos e atividades criminosas como tráfico de drogas.

O tráfico de crianças tem aumentado no país, departamentos do governo estimam que do total de crianças sequestradas, 30 mil trabalham em prostituição, 264 mil em trabalhos forçados, estatísticas comprovam que em média 850 à 1.100 crianças e mulheres são traficadas anualmente para a África do Sul. Em algumas regiões próximas às fronteiras com Moçambique as crianças dormem nas escolas para não serem levadas pelos traficantes, meninas provenientes de inúmeros países são traficadas para a África do Sul, dentre eles Taiwan, Tailândia, Moçambique, Ruanda, Gana, Nigéria. Muitos homens são traficados da África do Sul para o Lesoto e obrigados a trabalhar forçado em fazendas e fábricas. O tráfico de órgãos na África não é somente para transplante ou rituais de magia, os curandeiros utilizam partes dos corpos para fazer remédios caseiros.¹²

Transformações profundas internas ocorreram na África do Sul após o fim da guerra fria, e decorrentes também do fim do regime do Apartheid e da mudança do Governo para o regime democrático, fazendo com que a segurança interna do país tivesse uma outra concepção, adotando na Constituição Federal princípios orientadores mais próximos da noção de segurança humana. O Livro Branco da Defesa, de 1996, orientou a construção de uma capacidade de defesa baseada em forças convencionais e esforços diplomáticos para estabilizar e resolver crimes da região.

O país é signatário do Protocolo das Nações Unidas para prevenir, eliminar e punir o tráfico de seres humanos, mas não possuía uma legislação específica punindo o tráfico. A falta de uma legislação era um dos maiores

obstáculos para implementação das ações de enfrentamento ao tráfico, pois devido à ausência de leis, a polícia e os tribunais não possuíam poderes para combater o tráfico e como consequência disso havia um grande obstáculo para os governos implementarem programas de proteção para as vítimas, por essa razão o país sempre foi considerado de baixo risco para os traficantes que fizeram do país uma rota do tráfico, redes de traficantes russos, búlgaros e nigerianos tinham forte atuação no país para o envio de crianças para diversas outras regiões do mundo.

Foi no ano de 2003 que o Governo sul africano começou a redigir uma lei para o enfrentamento, a Lei sobre Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas (TIP) foi aprovada dia 16 de março de 2010. A lei auxilia em grande magnitude a atuação da polícia e dos tribunais no sentido de responsabilização penal das pessoas envolvidas no tráfico, contudo ainda é baixa a quantidade de pessoas processadas pelo tráfico, e quase todas as condenações são multas aos traficantes.¹³

7. Ações de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil

O Protocolo de Palermo é um instrumento essencial para a determinação de deveres aos Estados signatários e para a padronização de conceitos em relação ao tráfico de pessoas. No entanto, a ratificação de tratados e a edição de leis não são suficientes para o enfrentamento do tráfico, no entanto o tratado internacional possibilita o cumprimento da prevenção, repressão e atendimento às vítimas.

No que se refere à prevenção, o artigo 9º do Protocolo de Palermo afirma a necessidade da inclusão de pesquisas, campanhas de informação e de difusão através de órgãos de comunicação e de iniciativas sociais e econômicas, incluindo planos e programas com “a cooperação com organizações não governamentais, outras organizações relevantes e outros elementos da sociedade civil. O Tratado também prevê medidas para a

¹² Relatório 2012 das Nações Unidas Sobre o Tráfico de Pessoas. In. http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf. p. 77.

¹³ Tráfico de Pessoas - Moçambique e África do Sul. In. <http://www.portaldogoverno.gov.mz>

redução dos fatores de vulnerabilidade das pessoas ao tráfico, especialmente mulheres e crianças, através do combate à pobreza, ao subdesenvolvimento e à desigualdade de oportunidades, incentivando a cooperação bilateral ou multilateral entre os países signatários, menciona também medidas educacionais, sociais e culturais, objetivando o desencorajamento do aliciamento para a exploração de pessoas.¹⁴

Ocorre um fenômeno conhecido como revitimização, é quando a pessoa é vítima novamente do mesmo crime. Com o intuito de evitar que isto aconteça, o Protocolo de Palermo engloba a proteção das pessoas que já foram vítimas do tráfico para que não sejam novamente, tendo em vista que esta ocorrência não é incomum, uma vez que as vítimas resgatadas de seus opressores, normalmente são devolvidas à situação de origem, e assim continuam sofrendo os mesmos problemas e pressões que deram causa ao tráfico. Com o intuito de evitar novos casos de tráfico de pessoas, as potenciais vítimas e também as pessoas que podem vir a se tornar criminosas devem receber informações, esclarecimentos e oportunidades, tendo garantidos de forma plena seus direitos civis, econômicos e sociais.¹⁵

A cooperação entre os Estados também é prevista com o objetivo de intercâmbio de informações sobre a identificação de documentos, pessoas, meios, itinerários e ligações usadas por grupos ou organizações criminosas com o objetivo de traficar pessoas, devendo-se respeitar qualquer pedido de restrição de utilização da informação transmitida. Quanto à formação de agentes públicos, o Protocolo estimula a cooperação com organizações não governamentais e a sociedade civil, determinando que deve ser pautada nos direitos humanos e nos métodos de proteção das vítimas, especialmente mulheres e crianças.

No ano de 2003, o Governo Federal definiu como uma de suas prioridades, o combate ao tráfico de mulheres e meninas e as políticas públicas de ações de enfrentamento ao tráfico de seres humanos. Para o efetivo combate ao crime deve ser aplicado políticas econômicas, políticas de migração, campanhas de conscientização juntamente com as ações diretas contra o tráfico de pessoas. No Brasil a agência de desenvolvimento dos Estados Unidos, USAID executa dois programas de enfrentamento, por meio da organização norte americana *Partners of the Americas* e da Organização Internacional do Trabalho.

Em parceria com o Governo Federal, a USAID para combater a prostituição direcionou a intervenção diretamente em crianças e adolescentes vítimas do tráfico, e um projeto piloto nos Estados de São Paulo, Goiás, Rio de Janeiro e Ceará foram implementados pelo Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes para iniciar o trabalho de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil.

Foi no ano de 2004 que o Brasil ratificou o Protocolo contra o Tráfico de Pessoas, o início ao Programa de Combate ao Tráfico de Seres Humanos no Brasil é consequência de um projeto em conjunto entre o Ministério da Justiça e o UNODS entre os anos de 2002 a 2005 com foco nos aeroportos dos Estados de Goiás, São Paulo, Rio de Janeiro e Ceará.

Na Lei penal do ano de 1932, foi previsto o crime de tráfico de mulheres e sistematizava a lei que era vigente naquela época. No código penal de 1940, em seu capítulo V, “Do Lenocínio e do Tráfico de Mulheres”, o artigo 231 previa o crime e esta lei vigorou até o ano de 2005, quando foi aprovada a Lei 11.106/2005, que alterou o artigo e passou a ser tráfico internacional de pessoas. Houve alteração, pois existia uma dificuldade na aplicação da lei visto que muitas vezes a vítima não era somente pessoas do sexo feminino, além do caput do artigo, foi acrescentada a alínea A, prevendo que o caráter de transnacionalidade exigido nos documentos internacionais.

Seminários e fóruns são grandes aliados no combate ao tráfico de pessoas, uma vez que a conscientização da sociedade é um ponto chave nas políticas de enfrentamento. Dentre

¹⁴ JESUS, Damásio Evangelista de - Tráfico Internacional de Mulheres e crianças no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003, p.183 à 195.

¹⁵ *Seminário Regional Sobre Tráfico de Pessoas e Exploração Sexual*. In. <http://www.unodc.org/southerncone/pt/imprensa/discursos/2010/03-25-seminario-regional-sobre-trafico-de-pessoas-e-exploracao-sexual.html>

os trabalhos realizados internamente para enfrentar o tráfico, está o Congresso Internacional sobre Proteção de Crianças de exploração sexual no turismo, os programas e instituições de intervenção e de assistência às vítimas e a implantação de delegacias especializadas em atendimento à mulher. Campanhas como a Campanha Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-juvenil, programas de suporte às organizações não governamentais. Programas de informação, capacitação e pesquisa, o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas, assinatura de tratados como o Protocolo de Palermo, programas de ação, sistemas de denúncia como o Programa Nacional para Prevenir e combater a Violência Sexual e Doméstica. Todos estes esforços em parceria com as atividades da polícia são capazes de trazer grandes resultados.¹⁶

Está em tramitação para ser votada, a Proposta de Emenda à Constituição, conhecida como PEC do Trabalho Escravo, PEC n.º 438/2001. A PEC foi aprovada na Câmara, no ano de 2004, contudo ainda aguarda votação. Esta proposta de emenda determina a expropriação de terras onde for constatada exploração de trabalhadores em condições análogas à de escravidão. O texto garante que os acusados terão direito à ampla defesa e a tomada dos bens só será feita após o fim de todos os recursos.

8. Legislações brasileiras de enfrentamento ao tráfico de pessoas

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seu artigo 239 que a promoção ou auxílio e a efetivação de que tenha como destino o envio de criança ou adolescente para o exterior, não sendo prestadas as devidas formalidades legais ou se o intuito do envio dos menores seja com a finalidade de obter lucro, a penalidade é reclusão de quatro a seis anos e multa. O Parágrafo dispõe acerca do emprego de violência, grave ameaça ou fraude. A pena nestes casos é de reclusão de seis a oito

anos e a além da pena correspondente à violência.

O código Penal Brasileiro prevê no caput do artigo 231:

Art. 231. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena: reclusão de dois a seis anos.

O crime consuma-se com a simples promoção, intermediação ou facilitação da entrada ou da saída das pessoas com o intuito de exercer a prostituição.

A previsão do artigo 231 e 231-A do Código Penal se restringe às pessoas que tem o intuito de que outra pessoa exerça e atue para a intermediação, promoção ou facilitação de envio ou entrada no país, ou trafique pessoas internamente para fins de prostituição, deixando vago em no que se refere aos criminosos que atuam traficando pessoas com intuito de trabalho forçado e de venda de órgãos.

Foram diversos instrumentos legislativos que o Brasil assinou no enfrentamento ao tráfico de pessoas, ou qualquer outra forma de exploração de seres humanos:

- a. Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – Decreto n.º 678 de 6 de novembro de 1992;
- b. Protocolo especial relativo à venda ou tráfico de crianças, prostituição infantil e à pornografia infantil, ratificado pelo decreto n.º 5.007 em 08 de março de 2004;
- c. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças – Decreto n.º 5.017 de 12 de março de 2004;
- d. Alteração do “nomen iuris” de Tráfico de Mulheres para Tráfico de Internacional de Pessoas – Lei 11.106 de 28 de março de 2005;

¹⁶ Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. In. www.unodc.org/pdf/brazil/publicacoes/PlanoNacionalTP.pdf

- e. Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – Decreto nº 5.948 de 26 de outubro de 2006;
- f. Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – Decreto nº 6.347 de 8 de janeiro de 2008.

9. Cadastro nacional de pessoas desaparecidas

Com a finalidade de agilizar o andamento das investigações acerca de crianças desaparecidas em todo o território nacional, foi criado no ano de 2011 o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas, o Cadastro agrupa todas as informações da pessoa desaparecida, último lugar em que a pessoa foi vista e a data do desaparecimento.

Uma pesquisa realizada pela Rede Nacional de Identificação e Localização de Crianças Desaparecidas, parceria entre o Ministério da Justiça e a Secretaria Especial de Direitos Humanos, divulgou que entre janeiro de 2000 e março de 2011, 1.237 crianças e adolescentes foram incluídos no cadastro de desaparecidos. Desse total, 644 foram encontrados. Ainda que os dados não condizem exatamente com os respectivos números de pessoas desaparecidas, o cadastro trouxe grandes avanços e resultados para que organizações não governamentais e outros grupos de ajuda ao combate ao tráfico de pessoas localizassem pessoas.¹⁷

10. Rotas do tráfico

O crime organizado utiliza pelo menos 241 rotas terrestres, marítimas ou aéreas para traficar mulheres, crianças e adolescentes brasileiras para o mercado da prostituição, tráficos de órgãos e outras espécies de trabalhos forçados em países estrangeiros. A conclusão é da mais abrangente pesquisa já produzida sobre o tema pelo já citado Pestraf. Outras rotas são usadas para transportar as vítimas entre municípios e Estados, entre os esquemas de atuação de quadrilhas

identificados, a Espanha é o país com maior número de destinos das rotas, com 32, seguida da Holanda com 11 rotas, Venezuela com 10 rotas, a Itália que possui 9 rotas, Portugal com 8 rotas, sete rotas no Paraguai e por último a Suíça com seis rotas.

Foi identificada uma rota que é exclusiva para o tráfico de criança, é a rota de Oiapoque até Caiena na Guiana Francesa. De acordo com as pesquisas, as crianças e adolescentes são levadas de táxi pela BR-210 com finalidade de prostituição em países da América Central e do Sul. A região Norte do Brasil é a que registra o maior número de rotas, são 76, sendo 31 internacionais, 36 estaduais e nove intermunicipais. Em seguida aparecem as regiões Nordeste com 69 rotas, Sudeste com 35 rotas, Centro-Oeste com 33 rotas e a região Sul com 28 rotas. O aeroporto Eduardo Gomes, de Manaus é usado para levar mulheres adultas e adolescentes para a Guiana Francesa, Suriname e Holanda. O aeroporto Guararapes, de Recife, é local de grande saída de mulheres para a Europa. E no aeroporto de Cumbica, em Guarulhos, inúmeros embarques de meninas aliciadas para Taiwan foram registrados.¹⁸

O Estado em que o tráfico de menores é mais visível é Goiás, o Estado é recordista em inquéritos policiais, denúncias em Organizações Não Governamentais e registros em órgãos governamentais.

As principais rotas do tráfico de pessoas são estrategicamente construídas a partir de localidades próximas a rodovias, portos e aeroportos, formais ou clandestinos. Dentre os pontos citados como de fácil mobilidade para os traficantes no Brasil, está Belém no Pará. O Pará possui índices de tráfico de pessoas menor que o Estado do Rio de Janeiro, mas por suas grandes dimensões territoriais e por estar localizado na região amazônica, onde a fiscalização é menor, torna-se um Estado de grande necessidade de atenção no enfrentamento ao tráfico de pessoas.¹⁹

¹⁷ Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas: <http://www.cnpd.org.br>

¹⁸ JESUS, Damásio Evangelista de - Tráfico Internacional de Mulheres e crianças no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 122 à 126.

¹⁹ Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial. In http://www.namaocerta.org.br/pdf/Pestraf_2002.pdf

Conclusão

A aplicação das leis que tanto o Brasil quanto diversos outros países são signatários, como por exemplo, o Protocolo de Palermo, somente traz resultado se implementados juntamente com políticas públicas eficazes de enfrentamento, como o desenvolvimento social, econômico e campanhas de educação da sociedade acerca do assunto. São ações preventivas aliadas às ações da polícia e a cooperação da sociedade que resultarão na diminuição deste crime. Os três países: Índia, Brasil e África do Sul, estão se tornando cada vez mais importantes no cenário mundial econômico, e com isso aumenta também a atuação dos criminosos, pois a maior facilidade de transporte e intercâmbios

culturais acarreta também um fluxo de criminosos de um país para o outro.

Ainda que os planos de desenvolvimento econômico tragam oportunidades de melhorias na vida da população de determinada nação, entendo não ser a pobreza o motivo gerador do crime do tráfico de pessoas, uma vez que estudos confirmam que os países com maiores índices de criminalidade no mundo não são os mais pobres, e sim os países com mais desigualdades sociais, no meu ponto de vista é o desejo de uma vida melhor por meios mais rápidos que impulsionam as ações dos traficantes de seres humanos. O tráfico de crianças deveria ser tratado pelas autoridades da administração pública como um assunto emergencial, uma vez que ninguém poderia roubar a infância das crianças.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme de Assis; MOISÉS, Claudia Perrone-. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Editora Atlas, 2011.

Fórum de Diálogo Índia-Brasil-África do Sul – IBAS. In. <http://www.itamaraty.gov.br/temas/mecanismos-inter-regionais/forum-ibas>

JESUS, Damásio Evangelista de; **Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças – Brasil Aspectos Regionais e nacionais**. São Paulo Editora Saraiva, 2003.

Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial. In. http://www.namaocerta.org.br/pdf/Pestraf_2002.pdf

Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. In. www.unodc.org/pdf/brazil/publicacoes/PlanoNacionalTP.pdf

Prevenção e erradicação do trabalho infantil. OIT Brasil. In. <http://www.oitbrasil.org.br/category/tema/trabalho-infantil>

Relatório 2012 das Nações Unidas Sobre o Tráfico de Pessoas. In. http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf. p. 34 à 40.

Seminário Regional Sobre Tráfico de Pessoas e Exploração Sexual. In. <http://www.unodc.org/southerncone/pt/imprensa/discursos/2010/03-25-seminario-regional-sobre-traffic-de-pessoas-e-exploracao-sexual.html>

Tráfico de Pessoas Moçambique e África do Sul. In. <http://www.portaldogoverno.gov.mz>

VICENTINI, Paulo Fagundes; CÉPIQUE, Marco Aurélio e Pereira; DANILEVCZ, Ana Lucia – **Fórum de Diálogo IBAS – Uma Experiência de Cooperação Sul-Sul**. Editora Juruá, 2011.

RESUMO

O presente artigo é fruto de estudo sobre o tratamento dado aos não humanos pelos seres humanos em rituais religiosos. É realizada investigação sobre a origem, a motivação, a justificativa e o fundamento do tratamento dado aos não humanos. Aqui, trago as conclusões obtidas após estudo sistemático das áreas do conhecimento humano envolvidas, direito, filosofia, religião e biologia. Coloca-se em confronto um projeto de lei que proíbe o sacrifício de animais em rituais religiosos e uma lei do Rio Grande do Sul em sentido oposto, que permite a utilização dos animais em rituais religiosos.

Palavras-chave: Animais. Sacrifício. Proteção. Culto religioso. Antropocentrismo. Biocentrismo.

ABSTRACT

This article is the result of study on the treatment of non-human by human beings in religious rituals. It performed research on the origin, motivation, justification and rationale for the treatment of non-human. Here, I present the conclusions reached after systematic study of the involved areas of human knowledge, law, philosophy, religion and biology. Place confronting a bill banning animal sacrifice in religious rituals and a law of Rio Grande do Sul in the opposite direction, allowing the use of animals in religious rituals.

Keywords: Animals. Sacrifice. Protection. Religious Cult. Anthropocentrism. Biocentrism.

* Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor da FMU. Professor Assistente em curso de Especialização da Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito em São Paulo.

Introdução

Recentemente foi apresentado o Projeto de Lei n. 992, publicado no mês de outubro de 2011 no Diário Oficial do Poder Legislativo do Estado de São Paulo. Mal o projeto foi apresentado, já está ele a gerar polêmica e acirrados debates e defesa de ideias, ora em apoio, ora em repúdio, como podemos constatar na mídia, notadamente a eletrônica. Por outro lado, existe a Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003 que institui o Código Estadual de Proteção aos Animais do Rio Grande do Sul em sentido oposto, vale dizer, autoriza o sacrifício de animais em rituais religiosos, conforme segue:

PROJETO DE LEI Nº 992, DE 2011

Proíbe o uso e o sacrifício de animais em práticas de rituais religiosos no Estado de São Paulo e dá outras providências.

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO DECRETA:

Artigo 1º - Fica proibido a utilização e/ou sacrifício de animais em práticas de rituais religiosos no Estado de São Paulo.

Artigo 2º – O descumprimento do disposto na presente Lei ensejará ao infrator, a multa de 300 UFESP's (Unidade Fiscal do Estado de São Paulo) por animal, dobrando o valor para cada reincidência.

Artigo 3º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225º, VI). Para assegurar a efetividade desse direito, incube ao Poder Público: Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a

extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (§ 1º, VII). Somos favoráveis à preservação e ao incentivo às tradições e manifestações culturais, bem como ao exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana, contudo, não podemos permitir que animais indefesos sofram esta crueldade.

Por todo o exposto, contamos com a colaboração desses Nobres Pares para aprovação do Projeto de Lei em tela.

Sala das Sessões, em 11/10/2011

A Lei Estadual nº 12.131/04, publicada no Diário Oficial do Estadodo Rio Grande em 23 de julho de 2004, estabelece o seguinte:

Fica acrescentado parágrafo único ao artigo 2º da Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003, que institui o Código Estadual de Proteção dos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, com a seguinte redação:

Art. 2º

Parágrafo único - Não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias de matriz africana". Na mesma data, regulamentando a alteração promovida pela Lei nº 12.131/04, foi publicado o Decreto nº 43.252, estabelecendo, em seu artigo 3º, o seguinte:

Para o exercício de cultos religiosos cuja liturgia provém de religiões de matriz africana, somente poderão ser utilizados animais destinados à alimentação humana, sem a utilização de recursos de crueldade para a sua morte.

A questão não é nova. Há tempos há debate sobre a possibilidade de utilização de não humanos apenas como meio, instrumento, de satisfação dos interesses, dos desejos, dos seres humanos.

No decorrer deste artigo, serão investigados os motivos do tratamento dado pelos humanos aos não humanos e à luz de conceitos extrajurídicos, será interpretado o ordenamento jurídico a fim de se aferir se o material legislativo é constitucional.

1. A origem da falta de engajamento e proteção adequada em relação ao meio ambiente

Entre diversos motivos e fatores, podemos explicar a indiferença ou mesmo desprezo, em regra, dos seres humanos em relação aos bens ambientais, notadamente no que concerne aos animais, à vegetação, ao ar e à água, por meio de quatro fatores básicos. Claro que existem muitos outros, contudo nesse texto serão apontados quatro.

O primeiro elemento a ser levado em consideração é a nossa herança grega e judaico-cristã. Não é demais lembrar que como seres humanos, nossas ideias, concepções, modo de vida, são organizados como herança advinda de tradições milenares, costumes, hábitos, crenças, as quais são incorporadas na nossa formação e muitas vezes nem nos damos conta de estarmos apenas repetido algo que já há muito foi consagrado. Isso se dá primordialmente porque o ser humano não tem controle daquilo que passa pela sua mente. Os pensamentos, os comportamentos são moldados tanto pelo inconsciente coletivo como por uma série de fatores socialmente condicionantes.

Nesse sentido, o que nos foi legado pela tradição grega e judaico-cristã está em certa medida arraigado em nossas crenças e atitudes.

Para o pensamento pré-cristão, revelado no Antigo Testamento, Deus é onipresente, onisciente, onipotente, que a tudo criou, inclusive o ser humano. Deus fez o homem à sua própria imagem e semelhança e delegou a ele a superioridade e domínio sobre todas as coisas viventes ou não, sobre a natureza, sobre os outros seres, sobre a água, a terra e o ar. Assim, o ser humano não se sente como parte da natureza, mas superior a ela, por delegação de seu próprio criador. Considerando-se superior, sente-se à vontade para fazer o que quiser com os outros seres e com o ambiente, pois todo o mais apenas representa instrumento para saciar seus apetites e satisfazer suas inclinações.

Na Grécia antiga o entendimento não é uniforme. De um lado, o pensamento representado por Pitágoras, que era

vegetariano e defendeu o tratamento digno dos animais. Ao que tudo indica, acreditava que a alma dos humanos, após a morte, migrava para os animais. De outro lado, o pensamento de Aristóteles, o qual acreditava que os animais existem para servir aos interesses humanos, crença essa que prevaleceu e se tornou pensamento dominante.

Na Roma antiga, homens e mulheres assistiam à morte tanto de seres humanos como de outros animais como uma fonte normal de entretenimento, prosseguindo essa prática através dos séculos, com pouca ou nenhuma oposição.

O cristianismo absorveu os pensamentos gregos e judaicos no tocante aos animais. Herdou da tradição judaica o ideia da singularidade de espécie humana, como fenômeno único, notadamente por somente ela possuir alma imortal, sendo que somente ao ser humano é destinada uma vida após a morte do corpo, possuindo a vida humana um caráter sagrado. Dessa forma, essa crença serviu para reafirmar e aprofundar a posição inferior dos outros seres. No Novo Testamento, ao contrário do Antigo, não se consegue depreender preocupação com o sofrimento dos outros animais.

Santo Agostinho, filósofo medieval que cristianizou o pensamento de Platão, defendia que não precisamos moldar nossas atitudes em relação aos animais segundo as leis morais que regem nosso comportamento para com os seres humanos. Tomás de Aquino, filósofo medieval que cristianizou o pensamento de Aristóteles, pregou a superioridade do ser humano frente às outras formas da natureza: - “nas coisas materiais, uma espécie supera em perfeição a outra. Com efeito, tudo quanto existe de perfeição nos corpos inanimados encontram-se nas plantas, e muito mais; e tudo o que de perfeição têm as plantas possuem-no os animais, com algo mais; e assim por diante, até chegarmos ao homem, que é a mais perfeita das criaturas dotadas de corpo material. Ora, tudo quanto é imperfeito constitui como que a matéria em relação ao

mais perfeito”¹. Chegou ele à conclusão, muitas vezes repetida, de que a única razão existente contra a crueldade com os animais é que ela pode levar à crueldade com os seres humanos.

Schopenhauer aponta essa questão quando aborda o cristianismo e o tratamento que dispensa aos animais, ao abordar que o cristianismo, contra a natureza, arrancou “o homem do *mundo animal* ao qual pertence em essência e ter dado valor apenas a ele, considerando os animais até mesmo como *coisas*”². Para o reconhecido filósofo, existe um erro que leva a graves consequências. O “Criador (cap. 1 e 9 do Gênesis) entrega ao homem todos os animais – como se estes fossem coisas e sem nenhuma recomendação de bons tratos, como faz o vendedor de cães quando se separa dos seus filhotes – para que ele os *domine*, ou seja, faça com eles o que bem entender; em seguida, no segundo capítulo, o criador eleva o homem ao grau de primeiro professor de zoologia, encarregando-o de escolher os nomes que os animais teriam de carregar para sempre, o que novamente constitui apenas um símbolo de sua total dependência do homem, em outras palavras, a privação de seus direitos”³.

Ao revés, nas sociedades indígenas, a natureza é amiúde vista com o olhar sagrado. Os Quéchuas, do Peru, chamam a terra de mãe – *pacha mama*. Diversos povos indígenas da América do Norte têm a mesma percepção.

Muito conhecida, porém não se sabe se existiu da forma como divulgada, é a carta que o cacique Seattle teria enviado ao presidente dos Estados Unidos, o qual desejava comprar suas terras:

Cada pedaço dessa terra é sagrado para o meu povo. Cada ramo brilhante de um pinheiro, cada punhado de areia nas praias, a penumbra na floresta densa, cada clareira e inseto a zumbir são

sagrados na memória de meu povo. Somos parte dessa terra e ela faz parte de nós [...] De uma coisa sabemos. A terra não pertence ao homem: é o homem que pertence à terra, disso temos certeza. Todas as coisas estão interligadas, como o sangue que une uma família. Tudo está relacionado entre si. Tudo quanto agride a terra, agride os filhos da terra. Não foi o homem quem teceu a trama da vida: ele é meramente um fio da mesma. Tudo o que ele fizer à trama, a si próprio fará.

Dessa forma, para certas comunidades, o ser humano faz parte da natureza, é natureza, e por isso com ela interage, numa sucessão e teia de causalidades materiais, de forma simbiótica. Pensando dessa forma, essas comunidades tem uma relação diferente daquela as quais estamos acostumados a pensar. Para aquelas, como o ser humano faz parte da natureza, mantém com ela uma relação de respeito e afeto. Não se dá o direito de poluir, destruir, ocupar, degradar, de utilizar o recursos naturais como forma de exploração, como fazemos no mundo pós-moderno ocidental.

A cultura greco-judaico-cristã tirou o homem da natureza e passou a realocá-lo acima dela, como seu senhor, como detentor de poderes sobre todo o resto, ante a procuração divina dada para comandar e reger segundo sua vontade toda a sinfonia da existência.

Aqui está o primeiro motivo de nossa relação com os não humanos. Como nos colocamos acima da natureza, como dela não fazemos parte, como somos superiores, como nos foi dado, por Deus, o poder de nos utilizarmos de toda a natureza a nosso serviço, nos damos o direito de fazermos o que quisermos com os não humanos, reduzindo-os a produtos fabricados para o nosso consumo, quando são utilizados para nossa diversão com seu sofrimento, como nos casos, por exemplo, das rinhas, dos rodeios e das touradas, ou em experiências, ou mesmo para nossa alimentação, vale dizer, tratados como mercadoria.

¹ Tomás de Aquino, Nova Cultural, São Paulo, 2004, p. 192-193

² SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de insultar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.31.

³ SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de insultar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 31.

Outro aspecto da falta de cuidado com o meio ambiente nos é dado por Daniel Goleman. Segundo esse renomado autor, durante milênios, o ser humano foi dotado de mecanismos sensoriais hábeis a proporcionar sua adequada defesa dos perigos e assim atender à preservação da espécie. Por exemplo, em determinada situação de caça, o caçador tinha condições, por meio do sentido da audição, de afastar-se de sons ameaçadores, dirigindo-se em outra direção; ou diante do impacto visual da imagem do rosto ameaçador de um estranho tomar a medida mais adequada, considerando as circunstâncias e porte do oponente, correr ou enfrentar.

Contudo, as novas ameaças surgidas após a revolução industrial desafiam nossos sentidos a perceberem o perigo real o qual estamos submetidos. Ameaças invisíveis são disponibilizadas dia a dia sem nos darmos conta, seja pela falta de mecanismos sensoriais aptos a percebê-los seja devido ao longo tempo necessário para sentir-se os efeitos. Sujeitamo-nos, por exemplo, nos grandes centros urbanos, como São Paulo, a altas doses de gases tóxicos. Nos alimentos industrializados são introduzidos dezenas ou centenas de produtos químicos, bem como são eles geneticamente modificados. Estamos expostos a todo tipo de ondas, de radiação. Estamos extinguindo centenas de espécies. O ser humano não possui função sensorial capaz de identificar esses perigos. Por isso, lentamente nos sujeitamos a eles, sem nos darmos conta de que em determinado momento poderá haver graves consequências para nossa saúde e vida, como para a manutenção do equilíbrio ecológico necessário à continuidade de nossa existência.

O terceiro fator refere-se à natureza egoísta do ser humano. Para muitos pensadores, o que define e caracteriza o ser humano é o fato de ele ser desejante. E por definição, desejamos o que não temos e o que não somos. E para conseguir a realização dos nossos desejos, não medimos esforços, muitas vezes sobrepondo-nos aos interesses e desejos de outros seres. Nesse aspecto, surge o egoísmo, dentro do qual, não se pensa nas consequências de nossos atos para consecução

de nossos interesses, não se pensa no outro e no restante. Schopenhauer bem explica essa natureza, ao afirmar que o que move o homem é o egoísmo, ou seja, “o impulso à existência e ao e ao bem-estar”. Prossegue o prestigiado filósofo, afirmando que

o egoísmo é ilimitado: o homem quer de todo modo conservar sua existência, quer ficar totalmente livre das dores que também incluem a falta e a privação, quer a maior quantidade possível de bem-estar e todo prazer de que for capaz, e chega até mesmo a tentar desenvolver em si mesmo, quando possível, novas capacidades de deleite. Tudo o que se opõe ao ímpeto do seu egoísmo provoca o seu mau humor, a sua ira e o seu ódio: ele tenta aniquilá-lo como a um inimigo. Quer possivelmente desfrutar de tudo e possuir tudo; mas, como isso é impossível, quer, pelo menos, dominar tudo: “Tudo para mim e nada para os outros” é o seu lema. O egoísmo é gigantesco: ele rege o mundo⁴.

O quarto fator é consequência direta do terceiro. Na atual sociedade existe o “desejo de consumo”. Jean Beaudrillard, parafraseando Descartes, bem caracterizou nossa sociedade de consumo da seguinte forma: “Consumo, logo existo”. O que nos caracteriza, nosso processo de formação identitária, nossa posição social, nosso valor é medido pelo que consumimos. É clássica a publicidade: “O mundo trata melhor quem se veste bem”. O discurso político reflete essa realidade. A medida de sucesso do governo é avaliada pelo maior acesso do povo aos bens de consumo. A satisfação desse desejo de consumo não tem fim, pela própria definição de desejo, que é a falta. Isso porque quando finalmente passamos a possuir objeto do desejo passamos não mais desejá-lo, ao revés, o bem de consumo passa a nos entediar. Schopenhauer bem descreveu esse processo: “A vida é como um pêndulo que oscila entre o sofrimento e o enfado”. Se não temos o bem de consumo sofreremos. Se o

⁴ SCHOPENHAUER, Arthur. A arte de insultar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 73-74.

temos, o bem passa a nos enfadar. Assim, o ser humanos não mede esforços para conseguir o que deseja, mesmo que seja em detrimento da existência de outras espécies, vale dizer, mesmo que cause dor desnecessária aos outros animais, o ser humanos coloca a satisfação de seus desejos acima de tudo.

Dessa forma, nesse sistema macabro da sociedade de consumo, o qual incita eternos desejos, tudo se faz para alcançarmos uma satisfação inalcançável, sem nos preocuparmos com as consequências, com a necessidade, com os impactos.

2. Antropocentrismo e Biocentrismo

O termo antropocentrismo vem do grego *anthropos* (homem). Do latim *centrum* (centro). Coloca o homem no centro de todas as relações. A preocupação única e exclusiva é com o bem-estar dos seres humanos, podendo ele se apropriar dos bens ambientais para o seu interesse exclusivo, sem preocupação com os demais seres vivos, que são instrumentos. Assim, a natureza, a qual teria recursos ilimitados, é um bem coletivo essencial que deve ser preservado unicamente como garantia de sobrevivência e bem-estar do homem. O homem é a referência máxima e absoluta de valores. É medida de todas as coisas. O mundo natural tem valor apenas quando atende aos interesses da espécie humana, vale dizer, a natureza tem valor instrumental. Pela teoria antropocêntrica absoluta, a proteção do meio ambiente é feita tão somente em razão de sua lesividade ou danosidade para o homem ou em função de seus interesses, desejos e necessidades.

Existe também entendimento não na concepção tradicional, mas no que se denomina “**antropocentrismo alargado**” (ou antropocentrismo protecionista, em contraposição ao antropocentrismo utilitarista). Segundo essa visão, continua o homem sendo o centro das atenções e preocupações, com uma visão que conjuga a interação da espécie humana com os demais seres vivos, sem uma relação de superioridade, como no antropocentrismo clássico. Mas estabelece uma relação ética com os demais seres vivos,

uma vez que somente com a proteção dos animais e das plantas é possível legar às futuras gerações um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O intuito é alcançar maior equilíbrio na utilização dos recursos naturais, protegendo-se o meio ambiente em função dos interesses do ser humano.

Para o biocentrismo (ou ecocentrismo) o homem não é superior aos outros seres vivos, mas parte integrante da natureza, sendo mais um integrante do ecossistema. Mantém com eles uma relação de interdependência, de simbiose. O centro das relações não é a humanidade, mas os seres vivos. A natureza pertence a todos os seres vivos e não apenas ao homem, obrigando uma conduta de cuidado e cautela em relação à natureza. Fauna, flora e biodiversidade são merecedores de especial proteção e devem ter direitos semelhantes aos dos seres humanos, não em função deste, mas pelo valor intrínseco que possuem.

Existem autores que diferenciam o **ecocentrismo do biocentrismo**

Nesses termos ecocentrismo defende o valor não instrumental dos ecossistemas, cujo equilíbrio se revela preocupação maior do que a necessidade de florescimento de cada ser vivo em termos individuais. Assim, ante a primazia de se assegurar o equilíbrio dos ecossistemas, o ser humano deve limitar determinadas atividades agrícolas e industriais, assumindo-se como um dos componentes da natureza. Pela Teoria Ecocêntrica Absoluta, o meio ambiente tem valor por si mesmo, independentemente de qualquer interesse humano e pode ser defendido até contra ele.

É a posição de Diogo de Freitas do Amaral, o qual defende que

já não é mais possível considerar a proteção da natureza como um objetivo decretado pelo homem em benefício exclusivo do próprio homem. A natureza tem que ser protegida também em função dela mesma, como valor em si, e não apenas como um objeto útil ao homem (...) A natureza carece de uma proteção pelos valores que ela representa em si mesma, proteção que, muitas vezes, terá de ser

dirigida contra o próprio homem (Direito ao meio ambiente, apresentação, Lisboa, Ed. INA, 1994).

Por outro lado, para o biocentrismo os demais seres vivos possuem valor, independentemente da existência do homem. A vida, em qualquer de suas formas, é considerada um fenômeno único, tendo a natureza valor intrínseco e não instrumental o que acarreta uma consideração e respeito aos seres vivos não humanos, sendo eles centros de interesse e dignidade a serem defendidos.

A consequência essencial é que no biocentrismo não se admite nem mesmo o abate de animais para alimentação, somente sendo admitido o consumo de vegetais, ao passo que no ecocentrismo, como a alimentação de animais pelos seres humanos faz parte de sua cadeia alimentar, sendo ele carnívoro e, portanto, decorrência de uma necessidade natural, é ela admitida.

O biocentrismo é defendido por Peter Singer, filósofo contemporâneo, o qual em seu clássico *Libertação Animal* cunhou interessante conceito, o “especismo”, conforme veremos adiante.

A doutrina majoritária brasileira entende que os documentos internacionais e o ordenamento jurídico, notadamente a Constituição Federal, tem leitura antropocêntrica. Para essa maioria, o direito é fruto do intelecto humano e, portanto, tem como objetivo atender unicamente seus interesses. O sujeito de direito é o ser humano, o resto representa apenas seu objeto. O bem supremo é a vida humana, o bem estar humano.

Para esse entendimento dominante, a vida que não seja humana só poderá ser tutelada pelo direito ambiental na medida em que sua existência implique garantia da sadia qualidade de vida do homem, uma vez que numa sociedade organizada este é o destinatário de toda e qualquer norma. O direito ambiental possui uma necessária visão antropocêntrica, porquanto o único animal racional é o homem, cabendo a este a preservação das espécies, incluindo a sua própria. A proteção do meio ambiente é um

objetivo decretado pelo homem em benefício exclusivo seu e somente por via reflexa existe para proteger as demais espécies.

Os defensores da leitura antropocêntrica do Direito Brasileiro sustentam seu entendimento analisando a Constituição Federal, a qual estabelece em seus princípios fundamentais a dignidade da **pessoa humana** (art. 1º, III) como fundamento destinado a interpretar todo o sistema constitucional, atribuindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no País uma posição de centralidade em relação ao nosso sistema de direito positivo. De outro lado, no art. 5º da CF, que trata dos direitos e garantias fundamentais, assegura-os somente aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Assim, o centro de interesse e de proteção seriam apenas os humanos.

De outro lado, para os antropocêntricos, em matéria ambiental existem os Princípios 1 e 4, respectivamente, da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”. “A proteção do meio ambiente deverá constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada isoladamente”.

Assim, o direito é voltado para a satisfação das necessidades humanas. Todavia, para essa corrente, isso não impede que ele proteja também a vida em todas as suas formas (art. 3º, I, da PNMA), mas sempre em plano subsidiário e secundário em relação aos humanos. Em consequência, quando houver entrosamento entre o interesse humano e o não humano, sempre deve prevalecer o interesse dos humanos. Exemplificando, no choque de interesse entre a diversão humana nos rodeios ou da farra do boi e o interesse do bem-estar do animal, deve prevalecer o interesse do ser humano, visto tratar-se de manifestação cultural, expressão humana protegida constitucionalmente.

3. O Especismo

Conforme já visto, “especismo” representa interessante conceito desenvolvido por Peter Singer, no clássico *Libertação Animal*.

Especismo “é o preconceito ou a atitude tendenciosa de alguém a favor dos membros da própria espécie, contra os de outras”⁵.

No especismo acredita-se que os interesses da própria espécie devem prevalecer em detrimento dos interesses das outras espécies pelo simples fato de o outro ser de outra espécie, vale dizer, o único argumento a favor do tratamento diferenciado é o pertencimento a espécies diferentes.

Basta singela observação do mundo para constatar que a maioria dos seres humanos é especista, pois concordam e permitem o sacrifício dos interesses mais importantes de membros de outras espécies (como por exemplo o interesse de preservar a própria vida) para promover os interesses mais triviais da própria espécie.

Evitar o especismo revela ser muito difícil na prática, pois teríamos de admitir que seres semelhantes, em todos os aspectos relevantes, tenham direito semelhante à vida, ao bem-estar, à integridade física e psíquica.

Ora, a tendência dos humanos é colocar sempre seus interesses acima dos interesses inclusive da própria espécie (basta lembrar das atitudes preconceituosas, racistas ou sexistas, nas quais a etnia, a nacionalidade, o sexo, o grau de inteligência constituem muitas vezes pretextos para utilização do outro para os próprios fins), o que se poderia dizer do tratamento em relação a outras espécies.

Esse pensamento especista é amiúde verificável: prática como caça esportiva, criação de raposas para lhes tirar a pele, captura e mutilação de animais silvestres e selvagens e seu aprisionamento em gaiolas e no caso das aves, mutilação de suas asas, para que seres humanos possam observá-los, sem que pudessem escapar, a tortura de animais para aprenderem acrobacias exibidas em circos

ou entreter o público em rodeios, rinhás, briga de galo, a ferra do boi, a morte de baleias com arpões explosivos, o afogamento de milhares de golfinhos em redes, o afogamento de milhares de tartarugas após ingestão de lixo, a morte de milhares de seres após vazamento de óleo, a morte de milhões de cangurus para lhes retirar o couro e fabricar ração para animais de estimação. Fácil perceber a desconsideração dos interesses dos animais à medida que ampliamos nossas fronteiras com concreto, tecnologia e poluição.

4. O tratamento dado aos animais e sua utilização como instrumento à serviço dos interesses do homem nas práticas religiosas

Não é de hoje que os animais são tratados com crueldade, servindo de mero instrumento às atividades, desejos, necessidades humanas. A visão antropocêntrica sempre dominou o pensamento ocidental, conforme já visto. A crueldade contra os animais acompanhou e existiu humana na face da Terra. Desde a antiguidade, com o sacrifício de milhares de animais, seja para fins de diversão, seja por crenças religiosas, passando pela idade média (época em que havia um passatempo popular o *bearbaiting*, esporte no qual ursos tinham os dentes e as garras arrancadas e, acorrentados, eram devorados por cães ferozes), passando pela era moderna (segundo Descartes os outros animais são autômatos, mera máquina, que não sentem prazer ou dor – como o relógio, o ruído que soltavam quando torturados, representava somente uma peça que havia sido acionada), com a ampla difusão dos experimentos extremamente cruéis contra os animais (pregavam as quatro patas de cães em tábuas para praticar a viviseção e observar a circulação do sangue, por exemplo).

O objeto deste estudo é o projeto de lei paulista que proíbe o sacrifício de animais em rituais religiosos e a Lei do Rio Grande do Sul que permite o sacrifício de animais em rituais religiosos. Vemos assim, que apesar de toda a evolução da sociedade, ainda persistem práticas que tratam os animais como mero

⁵ SINGER, Peter. *Libertação animal*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 11.

objeto, como instrumento, como se fossem desprovidos de sensibilidade e de valor intrínseco.

Foi tentado contato com as principais seitas no Brasil que utilizariam o sacrifício de animais. Contudo, para nossa surpresa, ou não fomos atendidos ou foi negada a prática. Somente em um caso foi admitida a prática, mas nos foi informado que não poderíamos acompanhá-la, já que restrita aos fiéis avançados.

Restou-nos, por conseguinte, pesquisa na internet para verificar o procedimento do sacrifício em animais; constatou-se acerca do projeto paulista ampla crítica por parte das seitas, sob o argumento de que a proibição do sacrifício de animais implicaria afronta ao direito fundamental de liberdade religiosa contido na Constituição Federal, bem como representaria negação do direito à manifestação cultural, também amparado pela Constituição Federal. Conforme essa mesma pesquisa, várias espécies de animais seriam utilizadas nos sacrifícios: galos, galinhas, cães, gatos, porcos, carneiros, bem como utilizados vários métodos para a realização do ato, como quebra do pescoço no animal, cortes, lesões provocadas por instrumentos, sangramento até a morte.

Vejamos os textos extraídos da internet.

Hoje, algumas denominações religiosas e seitas abrem suas portas para a busca do bem-estar físico e espiritual dos animais. Existe uma linha da religião africana que não aceita o sacrifício de animais. Há confusões, porém na umbanda pura e correta não há sacrifício de nenhum ser. Os animais são respeitados como espíritos de luz em evolução. E da mesma forma, no Candomblé puro, também não há sacrifícios de animais. Bem diferente de outros rituais, nos quais o sangue derramado de animais é visto como uma forma de agradar aos seres superiores ou como um meio de obter perdão, salvação e graça.

Fonte: Revista da Folha

Durante a Semana Santa, repete-se no país inteiro as práticas mais cruéis contra os animais, algumas

pela ignorância de tipos fanáticos e outras por divertimentos, denominado de "macumbódromos". Atos de crueldade contra animais, como os testemunhados pelas entidades zoófilas: animais com os olhos vazados, com membros mutilados, animais menores costurados vivos dentro de animais maiores, animais com o focinho costurado, a boca repleta de nomes de desafetos dos feiticeiros, animais de ventre aberto, de coração arrancado, galinhas com pescoço rasgado, etc.. Tudo isso, segundo Pais e Mães de Santo, as divindades homenageadas nesses "serviços" são sempre as que comprassem com as mal-feitorias.

Os animais em alguns rituais são considerados como oferendas aos orixás. Estas oferendas são uma forma ritualística pela qual os praticantes dessa religião oferecem amalás (comidas de santo) aos orixás, que podem ser cruas ou não, e "partes" de animais sacrificados. Estas partes são chamadas "forças" ou "axé" dos animais. São elas as patas, as asas, a cabeça, a cauda, o coração, o pulmão e a moela. O "restante" não tem valor como oferenda. Os praticantes da religião dizem que a imolação de animais é prática muito antiga e que toda religião que tem a Bíblia como base não pode ser discriminada por usar animais em seus rituais religiosos. Os animais comumente utilizados são, em via de regra: galos, cabritos, carneiros, pombos e galinhas da angola; machos e fêmeas. O pescoço geralmente é cortado com faca. Após "imolar" o animal, cujo sangue é derramado, em local determinado, são retirados os "axés", que são as vísceras principais (moela, rim, pulmão, coração..) que serão cozidas ou fritas, colocados num oberó (prato de barro) e oferecidas como complemento. A carne, será consumida normalmente pelas pessoas. Fonte: Manual do Fala Bicho.

(<http://www.pea.org.br/crueldade/rituais/index.htm>)

A proposta tem provocado protestos do presidente do Fórum de Sacerdotes do Estado de São Paulo e do Instituto Nacional de Defesa das Tradições de Matriz Afro Brasileira, Tata Matâmoride. "Já entramos em contato com o presidente da Assembleia para informar que esse projeto é inconstitucional." Ele cita o artigo V da Constituição, que estabelece que "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias". (<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/10/projeto-de-lei-proibe-sacrificio-de-animais-em-rituais-religiosos-em-sp.html>).

Pai Henrique, do Templo de Umbanda, afirma que, se a lei for aprovada, matará todas as religiões que usam o sacrifício em seus rituais. Ele explica que a prática tem toda uma simbologia para a Umbanda, porque é uma oferenda de vida aos Orixás. Segundo ele, como o sangue é vida, a oferta não pode ser feita com um animal morto (http://setecachoeiras.com/index/redirect/noticias_-_pai-henrique-explica-o-sacrificio-de-animais-em-ritos-religiosos-para-o-jornal-cidade-de-rio-claro).

Por fim constatou-se que nos sacrifícios não são utilizadas anestésias ou qualquer método para retirar a sensibilidade dos animais.

5. Análise da constitucionalidade e análise da legislação infraconstitucional em relação ao projeto e à lei que tratam do sacrifício de animais em rituais religiosos.

Embora exista a visão de que os animais são autômatos ou máquinas, está ela superada, pois sabe-se que os animais sentem dor e sofrem.

Como é cediço, a experiência da dor é personalíssima, é algo que sentimos, sendo

impossível sentirmos a dor do outro, seja ele humano ou não humano. Podemos ter somente uma idéia da dor do outro a partir de sinais externos. De toda forma, muitos sinais externos que nos levam a inferir a existência da dor em seres humanos podem ser observados em outras espécies, sobretudo nos mamíferos e as aves. Esses sinais externos incluem contorções, contrações no rosto, gemidos, ganidos. Mas não é só. Esses animais, mamíferos e aves, possuem sistemas nervosos muito semelhantes aos nossos e quando se encontram em circunstâncias em que sentiríamos dor, expressam semelhantes reações, como elevação inicial da pressão sanguínea, pupilas dilatadas, transpiração, aceleração do pulso e, se o estímulo continuar, queda da pressão sanguínea. Os impulsos, emoções e sensações situam-se no diencéfalo, que é bem desenvolvido em muitas espécies, sobretudo em mamíferos e aves, conforme estudo realizado por Peter Singer.

Dessa forma, os animais inferiores não sentem menos dor, sendo suas reações e percepção da dor semelhantes à nossa. As provas fisiológicas e anatômicas justificam e fundamentam a conclusão de que os animais não humanos também sentem dor. Não há boas razões para negar que os animais sentem dor.

Passemos então a analisar a constitucionalidade do projeto.

É do art. 5º *caput* da CF que 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.

O artigo traz o princípio da isonomia. É entendimento majoritário que o princípio da igualdade não se estende aos outros seres, mas se limita ao ser humano. Assim, mulheres tem o direito a escolher sua profissão, pois é tão capaz de adotar essa decisão racional quanto o homem. Porcos não são capazes de entender o direito de escolher uma profissão e, portanto, não podem ter esse direito. As diferenças entre as espécies devem originar diferenças nos direitos de cada um. Mas essa circunstância não é óbice para se estender o direito à

igualdade aos outros animais e essa extensão não significa dizer que devemos tratar todos os grupos da mesma forma, de oferecer-lhes o mesmo direito. O tratamento é dado conforme as características do grupo. Devemos ter em mente que o princípio da igualdade não requer tratamento igual ou idêntico, mas sim igual consideração e igual consideração por seres diferentes pode levar a tratamentos e direitos distintos. São os ensinamentos de Peter Singer.

Quando a Constituição Federal afirma que todos são iguais sem distinção de qualquer natureza, ou seja, sem distinção de sexo, etnia ou credo, não representa uma igualdade de fato existente entre os seres humanos, pois existirem diferença entre nós, mas sim representa uma prescrição de como devemos tratar os seres humanos. Uma consequência desse princípio é que o direito das pessoas não pode depender de sua aparência ou capacidade.

Considerando que a Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e somente após, na redação do *caput* do art 5º, é que dá a garantia dos direitos fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, tem-se que todos os seres, negros ou brancos, homens ou mulheres, humanos ou não humanos tem a garantia da isonomia e dessa forma, pelo princípio da isonomia, os interesses do seres humanos devem ser estendidos aos não humanos. A CF não restringiu a amplitude do termo “todos”, ao revés, expressamente estendeu a isonomia a todos os seres, “sem distinção de qualquer natureza”.

De outra banda, o intelecto ou a racionalidade nada tem que ver com direitos. Se houvesse esse requisito, bebês, pessoas com danos cerebrais irreversíveis, com retardo mental, portadores de diversas doenças ou em estado de coma não teriam direito algum. Decorre que o fato de um ser humano ser muito inteligente não o legitima a utilizar outro ser humano como instrumento, e assim também não é possível legitimar a utilização de outros seres com a mesma finalidade, já que a racionalidade não é critério para a exploração de outro ser.

Da mesma forma, o art. 255 *caput* da CF garante a “Todos” o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A Constituição Federal não restringiu esse direito somente aos seres humanos, sendo incluídos também os não humanos.

Pois bem. Jeremy Bentham defende a capacidade de sofrer como a característica que confere a um ser o direito a igual consideração. A capacidade de um ser sofrer e de ter prazer é um pré-requisito para um ser ter algum interesse. Se um ser sofre não pode haver justificativa moral ou jurídica para deixar de levar em conta esse sofrimento, conforme defende Peter Singer. Pouco importa qual seja esse ser, a que espécie pertença. O princípio da igualdade exige que seu sofrimento seja levado em consideração, já que é utilizado em relação aos humanos.

Assim, o limite da senciência (capacidade de sofrer e/ou experimentar prazer) é um critério para estabelecer os interesses alheios. A dor e o sofrimento são obviamente ruins e, portanto, devem ser evitados ou minimizados, independentemente de etnia, sexo ou espécie. Estabelecer esse critério com outras características, como a inteligência, racionalidade ou espécie, seria ou arbitrário ou suspeito, já que o ser definidor do critério racionalidade ou espécie seria o próprio ser que criou o critério e o único que possuiria a racionalidade.

Da mesma forma que o racista viola o princípio da igualdade ao conferir maior peso aos seus interesses em relação aos interesses dos pertencentes a outras etnias, da mesma forma que o sexista viola o princípio da igualdade ao colocar seu interesse acima do interesse do outro sexo, utilizando-se ambos como único critério diferenciador e justificador do tratamento desigual a etnia e o sexo respectivamente, o especista coloca seu interesse acima dos de outras espécies unicamente por pertencer a determinada espécie e o outro a outra espécie.

Já ficou demonstrado que os animais sentem dor e portanto possuem interesses a serem defendidos da mesma forma que tem os seres humanos, conforme constitucionalmente

previsto em aplicação ao princípio da isonomia.

Nos rituais das seitas os animais sacrificados sentem dor, pois o sacrifício é praticado em animais vivos e sem qualquer método anestésico ou que lhes retire a sensibilidade à dor. Se a Constituição Federal não ampara infligir a dor de um sacrifício em ritual praticado por seita em humanos, pelo princípio da isonomia, então a Constituição Federal também não ampara em outros animais, notadamente porque possuem um interesse juridicamente protegido de não serem submetidos à dor. Não podemos vê-los como seres inferiores e devemos evitar a todo custo o sofrimento do semelhante seja humano ou não, o que não se respeitaria no caso de sacrifícios.

Poderia se afirmar que os animais não tem consciência ou linguagem, que são incapazes de falar, desenvolver autoconsciência ou ter capacidade moral, de planejar o futuro ou ter relações significativas, e por isso seria permitido o sacrifício. Ora, bebês humanos ou seres humanos gravemente retardados também não tem consciência ou linguagem, não tem autoconsciência ou capacidade moral, alguns bebês gravemente retardados nunca terão a inteligência de um cão, e nem por isso é permitido sacrificá-los em rituais. Por outro lado, um chimpanzé, um cão ou um porco possuem grau superior de autoconsciência e maior capacidade de estabelecer relações significativas com outros, do que um bebê gravemente retardado ou alguém em estado senil avançado. As galinhas são animais altamente sociáveis e desenvolvem uma hierarquia no terreiro e reconhecem umas as outras.

Aqueles que defendem o direito à vida do bebê em detrimento do animal nos sacrifícios fundamentam esse entendimento no fato de que o bebê pertence à espécie humana e os animais sacrificados não. Contudo, utilizar somente essa diferença é epecismo e é exatamente essa forma de diferença arbitrária que o racista ou o sexista usa para justificar sua discriminação. O fato de um ser pertencer à nossa espécie biológica não pode constituir um critério moral ou juridicamente relevante

para que ele tenha esse direito, nos ensina Peter Singer.

Mesmo que se entenda que o princípio da isonomia não alcança os não humanos, o art. 225, §1º, VII, da CF proíbe tal prática⁶.

O núcleo central do Direito é o Sujeito de Direito. Embora os animais não humanos não sejam propriamente sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro, a ciência do direito vem reconhecendo direitos aos seres não humanos, com o objetivo de lhes garantir proteção jurídica, sendo seu regime jurídico especial, proibido qualquer ato cruel contra os animais não humanos. O inciso VII, do §1º, do art. 255, da CF, demonstra claramente que os animais merecem essa especial proteção jurídica, não sendo admitida qualquer prática que possam submetê-los à crueldade.

Primeiramente, analisando o inciso em comento, deve-se interpretar a expressão “na forma da lei”.

A norma constitucional não pode nunca ficar inerte, sem aplicação, se a legislação infraconstitucional não lhe der forma. Caso contrário não haveria razão para a existência de uma Constituição. Bastaria a lei. Já está sedimentado que a Constituição não é uma carta de intenções, uma lista de recomendações, mas fonte normativa apta a produzir efeitos, mesmo que seja unicamente para impedir a prática condutas nela expressamente vedadas. Para isso não há necessidade de lei a repetir somente o que a Constituição veda. Toda norma constitucional possui alguma carga de eficácia, mesmo que mínima. Omitindo-se o legislador ou o administrador público, deve-se observar o comando constitucional, que é autoaplicável. Esse o entendimento de Konrad Hesse quando

⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

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

(...)

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

se refere à Força Normativa da Constituição. Esta narra determinados valores, interesses, os quais devem ser perseguidos, sem a necessidade de legislação infraconstitucional, a qual somente dará maior operacionalidade à aplicação do que já estabelecido pela Constituição Federal.

Assim, se está constitucionalmente vedada a crueldade contra os animais, independentemente de qualquer providência legislativa, já está ela proibida.

O STF já decidiu mais de uma vez que a vedação à crueldade contra os animais tem aplicabilidade imediata, independentemente de lei regulamentadora (v.g. ADI 1.856 e RE 15.3531).

No que tange à análise do conteúdo e alcance do termo “crueldade”, trata-se certamente de um termo jurídico indeterminado, reclamando do intérprete o respectivo preenchimento.

Alguns autores entendem que a crueldade deriva de um não aproveitamento do animal para fins de manutenção da sadia qualidade de vida dos seres humanos. Entendem que não se pode interpretar essa norma de forma literal, devendo-se sempre interpretar o ordenamento jurídico de forma antropocêntrica. Assim, quando entram em choque o direito constitucional do animal de não ser submetido a práticas cruéis e o de manifestação da cultura do povo, a única opção a prevalecer é a atividade cultural, porquanto é a identidade de um povo, representando a personificação de sua dignidade como parte integrante daquela região.

Contudo, discordamos desse entendimento especista e antropocêntrico.

Isso porque inciso em comento é de inspiração biocêntrica, com a proteção da fauna e da flora contra as intervenções humanas que coloquem em risco sua existência e bem-estar. A Constituição Federal expressamente vedou qualquer forma de crueldade contra os animais, considerado seu valor intrínseco, independentemente da utilidade que possam ter ao ser humano. Vê-se claramente aqui a teleologia da norma: o bem-estar dos animais, sua dignidade, a defesa de

seu interesse em viver em paz, sem perturbação degradante imposta pelo ser humano, unicamente para atender seus interesses.

No que tange à alegação que determinadas atitudes contra os animais revela-se como atividade cultural e religiosa, e por isso amparadas constitucionalmente, não percamos de vista que a mesma Constituição fala em “prática”, o que quer dizer que há atos cruéis que acabam tornando-se hábitos, muitas vezes chamados erroneamente e de forma eufemística de manifestações culturais ou religiosas. De fato, qualquer ato que submeta animais sencientes à tortura, à degradação, impingindo-lhe, portanto, dor e sofrimento, não está amparado pela Constituição.

Lembre-se que o ser humano não necessita provocar a dor em outros seres para expressar sua cultura ou para expressar sua fé. Assim, havendo alternativas, não há justificativa para se impingir dor desnecessária aos outros animais sencientes.

A crueldade contra os animais é tema recorrente no STF, que de forma reiterada tem declarado a inconstitucionalidade de leis estaduais que franqueiam a realização das brigas e rinhas de galo (ADI 1856 MC/RJ, j. 26.5.11, ADIn 3776-RN, j. 14.6.07) ou a farra do boi (RE 153.531 do STF).

Agora, analisando os interesses em conflito sob o aspecto dos direitos fundamentais, se por um lado existe a expressa vedação da crueldade contra animais e expressa determinação para proteção da fauna, por outro, não consta do art. 5º, VI, a permissão para o sacrifício de animais. A proibição de sacrifício não viola a liberdade de crença, podendo ser exercidas as respectivas liturgias de qualquer forma, desde que lícita e a crueldade contra animais não é. Ademais, o Brasil é um Estado laico, não podendo prevalecer atos agressivos contra a vida prevalecer em nome de qualquer prática religiosa. O direito de crença é de escolha de um deus ou de nenhum e uma forma de buscar uma zona de segurança espiritual. Não se veda o culto e liturgia, mas sim a tortura de animais. Certo que a Constituição Federal protege a liberdade de consciência e crença, assegurando

o livre exercício dos cultos religiosos. Contudo, há limitações fundamentadas na manutenção da ordem pública e dos interesses de outros seres vivos que sentem dor, os quais mesmo as religiões devem observar. De fato, ninguém imaginaria autorização para sacrifício humano ou estupro nos cultos e nem por isso se argumenta que essa limitação é inconstitucional. Da mesma forma, observado o princípio da isonomia, os cultos devem respeitar a limitação no que diz respeito à utilização de animais.

Verifica-se, por conseguinte, que não existe propriamente choque de direitos fundamentais, já que a proibição de sacrifício e animais não impede o exercício de culto.

Por outro lado, o direito ambiental é fundamental, difuso, de todos, transindividual; o direito de liturgia, também fundamental, porém exercido de forma individual. O direito ambiental é bem de uso como do povo e, portanto, a prática de culto e liturgia não pode se apropriar do bem ambiental, no caso específico, a fauna, que é de todos, e utilizá-lo de forma individual.

Sob o enfoque infraconstitucional temos o art. 3º, I, da PNMA, o qual tem por objeto a tutela de toda e qualquer forma de vida e não apenas a humana.

No âmbito penal, a crueldade contra animais foi tipificada como crime (art. 32, da Lei 9.605/98⁷).

Se a prática de ferir ou mutilar animais é crime significa que ela é proibida. Perceba-se que a norma penal incriminadora não excepciona se a conduta foi praticada em ritual religioso ou não.

Prossegue o parágrafo primeiro tipificando a conduta daqueles que realizam experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos. Se

é proibida a prática para fins didáticos ou científicos, que em tese beneficiaria a humanidade, da mesma forma é proibida em rituais religiosos.

Se ocorre a morte, a pena é aumentada. Mais uma vez reafirma-se a proibição de sacrifício de animais em rituais religiosos, já que neles ocorre a morte deles.

Existe agora o Direito de solidariedade e o Estado Socioambiental de Direito. Este, de tão presente e importante, chegou no âmbito do Direito Privado⁸.

O direito de propriedade não é mais absoluto. Os animais não representam mais mero objeto de posse e propriedade, tendo eles interesses juridicamente protegidos a não serem torturados e mal tratados. O animal não é mais mero brinquedo de satisfação dos seres humanos. A fauna ingressou como elemento limitador da propriedade. De fato, a utilização de animais em rituais religiosos visa somente à satisfação do ser humano, pois com ele busca se beneficiar, mesmo que somente para obter paz espiritual. Não é mais possível tratar a vida dos animais como descartável, como bem absoluto de propriedade, com a qual poderíamos usar, gozar e fruir sem limitações.

Dessa forma, considerando que em algumas práticas religiosas animais são submetidos à crueldade, não se poderia permitir a respectiva prática, já que existe alternativa para a consagração do culto e da liturgia, não sendo imprescindível a utilização de animais em sacrifício, sendo estes protegidos na Constituição Federal, na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, na Lei dos Crimes Ambientais e até mesmo no Código Civil.

No plano internacional temos:

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais de 27.1.78 (UNESCO – Bruxelas):

⁷ Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

⁸ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

objetivo de incentivar a elaboração de leis. No preâmbulo consta que todo animal possui direitos. São arrolados os direitos à existência, ao respeito, à proteção do homem, à liberdade do animal selvagem, ressaltando que a morte de um animal sem necessidade caracteriza-se como biocídio, atentado contra a vida. Não tem natureza jurídica de tratado internacional, pois não integra formalmente o ordenamento jurídico brasileiro, mas goza de forte autoridade ética local e mundial.

A Resolução n. 37/7, de 28/10/1982, proclamada pela Assembleia Geral da ONU: Toda forma de vida é única e merece ser respeitada, qualquer que seja a sua utilidade para o homem, e, com a finalidade de reconhecer aos outros organismos vivos este direito, o homem deve se guiar por um código moral de ação.

A Constituição do equador de 2008 previu a natureza como sujeito de direitos.

Os cultos e liturgias devem se adaptar aos novos tempos, à consciência de que os animais merecem consideração e respeito, pois sofrem e sentem dor. Não estamos mais na Roma antiga ou na Idade Média. Se formos justificar e legitimar práticas somente pelo fato da tradição, da reiteração, de que foram exercidas por muito tempo e há muito tempo, regressando ao passado, poderíamos justificar a escravidão, a tortura, a proibição de voto à mulher ou mesmo sacrifícios humanos ou o canibalismo. Os cultos devem buscar outras formas lícitas de manifestar suas crenças. Não é necessário o cometimento de homicídio de animais para expressar e exercitar a fé. É preciso superar o antropocentrismo para a expressão da fé (por mais contraditória que essa afirmação possa parecer, porque o que se visa no fim das contas com o sacrifício dos animais é o interesse do próprio homem na salvação, no perdão ou na graça).

Na Espanha, país onde as touradas são notoriamente consideradas como legítima manifestação cultural, existem zonas onde estão proibidas. Em primeiro lugar foram as Ilhas Canárias, com a aprovação em 1991 da Lei de Proteção de Animais e, duas décadas depois, em julho do 2010, o parlamento de Catalunha aprovou uma Iniciativa Legislativa

Popular - com 180 000 adesões - que proibia estas práticas, com a exceção dos Bous al Carrer.

Se a tourada acabou na Espanha, exemplo mor de manifestação cultural, o que dizer do sacrifício de animais no Brasil, que certamente não representar sequer prática cultural ou exercício de fé legítimo brasileiro.

6. Considerações finais

Interessante notar que a respeito de um mesmo tema existam materiais legislativos em sentidos opostos. No Estado de São Paulo projeto vedando a utilização de animais em rituais religiosos e no Rio Grande do Sul lei autorizando, a revelar a riqueza de interpretações que se pode dar à Constituição e à legislação.

Contudo, em que pese essa riqueza, o fato é que estamos diante de seres que não podem se defender, que durante milênios foram utilizados pelos humanos para as mais diversificadas atividades somente para atender aos anseios, desejos dos seres humanos. A Constituição e a legislação infraconstitucional permite interpretação segundo a qual o projeto paulista nada mais faz do que reforçar a proibição que já existe, vale dizer, da impossibilidade de utilização de animais para simples deleite, de manifestações culturais ou religiosas, revelando-se a Lei gaúcha inconstitucional, pois trata um ser senciente como se fosse um mero objeto de satisfação dos desejos humanos, sem levar em consideração seu valor intrínseco e seu interesse em viver por conta própria, sem ser submetido à dor e ao sofrimento.

A análise jurídica da questão levam à oposição ao que é feito contra os animais em nome da religião. O ordenamento jurídico veda expressamente a crueldade contra os animais. Não permite maus tratados, tortura, tratamento degradante, preceitos que encontram eco religioso na compaixão.

Por fim, fica o registro que a religião católica, em 1988, já deu o primeiro passo para a consciência da defesa dos não humanos na encíclica *Solicitudo Rei Socialis* (Sobre a solicitude social), do papa João Paulo II:

O domínio conferido ao homem pelo Criador não é um poder absoluto, nem pode alguém falar de uma liberdade para “usar e abusar” ou dispor das coisas como lhe aprouver...Quando se trata do mundo natural, estamos sujeitos

não apenas a leis biológicas, mas também a leis morais, que não podem ser transgredidas impunemente.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2011.

AMARAL, Diogo de Freitas do. **Direito ao meio ambiente**, apresentação, Lisboa: Ed. INA, 1994. Tomás de Aquino, Nova Cultural, São Paulo, 2004.

FIOLILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12ª ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência ecológica**: o impacto do que consumimos e as mudanças que podem melhorar o planeta. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de insultar**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

RESUMO

O presente artigo trata dos aspectos jurídicos dos *sites* de compras coletivas no Brasil, sob a égide do ordenamento jurídico, em especial do Código de Defesa Consumidor, a fim de demonstrar os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes envolvidas na relação de consumo.

Palavras-chave: Sites compras coletivas. Natureza jurídica. Responsabilidade civil. regulamentação legislativa.

ABSTRACT

This article discusses the legal aspects of collective purchasing sites in Brazil, under the aegis of the legal system, especially the Code of Consumer Protection, to establish the rights, obligations and responsibilities of parties involved in the consumption.

Keywords: Sites.

Introdução

O Comércio Eletrônico, especialmente aquele realizado por meio da Internet, sempre traz novidades, como é o caso dos *sites* de compras coletivas que estão fomentando as vendas virtuais e revolucionando o mercado de consumo, desde seu aparecimento no Brasil, no ano de 2010.

O sucesso deste novo segmento do *e-commerce* tem como alicerces básicos a geração de benefícios reais aos consumidores através de descontos nos produtos ou serviços anunciados na Internet e, a facilidade de uso proporcionada por este meio de compras, o qual requer apenas a inscrição no *site* e a manifestação de interesse em adquirir ofertas anunciadas pelo portal. Os benefícios também atingem os fornecedores que utilizam este sistema como uma ferramenta de *marketing*, por vezes, mais vantajosa do que as tradicionais.

Ocorre que ainda não há legislação uniforme e específica que regulamente o assunto, nem mesmo no que tange aos contratos eletrônicos, razão pelo qual, se aplicam, analogicamente, as normas existentes no ordenamento pátrio, em especial o Código de Defesa do Consumidor, que rege a relação jurídica existente entre os *sítios* de compras coletivas, as empresas fornecedoras e o consumidor.

Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo promover o debate acerca dos aspectos jurídicos desta nova modalidade de comércio eletrônico, de modo a estabelecer os direitos, deveres, obrigações e responsabilidade das partes que compõem a relação jurídica

1. Compras Coletivas

O modelo de *sites* de compras coletivas surgiu nos Estados Unidos no ano de 2008, com o Groupon, sendo que somente no início do ano de 2010 chegou ao Brasil, através do Peixe Urbano, que iniciou suas atividades em março daquele ano no Rio de Janeiro.

Após o sucesso instantâneo, outros *sites* foram criados nos demais Estados, sendo que atualmente o Brasil já conta com quase dois

mil *sítios* de compras coletivas, o que representa um crescimento de mais de trezentos por cento em menos de dois anos, tendo em vista que em dezembro do ano de 2010 eram cerca de quatrocentos e cinco no país.¹

Para Adalberto Simão Filho, esta modalidade pode ser assim definida:

Sistema de interposição de trocas de produtos ou serviços ofertados eletronicamente por intermédio de *sites* dedicados ou de rede de telefonia onde a oferta é formulada de maneira condicionada a certo volume de aquisições previamente estipulado e temporal.²

Através de parcerias com empresas regionais e nacionais, os *sites* de compras coletivas oferecem produtos ou serviços com descontos de até noventa por cento em diversos estabelecimentos, como restaurantes, bares, salões de beleza, cinemas, teatros, agências de viagens e eventos, hotéis, clínicas veterinárias e até tratamentos odontológicos e estéticos.

A oferta anunciada é disponibilizada no *site*, por um período, entre 24 ou 72 horas, destinada a cidade específica ou a todo o território nacional e, para sua validação é necessário um número mínimo pré-estabelecido, determinado por cada estabelecimento, de interessados que queiram aderir à oferta, a fim de ativá-la. Assim, após alcançar a cota prevista de compradores e a confirmação do pagamento, estes ganham cupons que possibilitam o direito de aquisição dos itens comprados.

Referido *voucher* é enviado para o *e-mail* do comprador que deverá utilizá-lo segundo as orientações expressas no documento e durante o prazo de validade que varia entre três a oito meses.

Todavia, caso não seja atingido o número mínimo, a promoção é cancelada e o

¹ Bolsa de Ofertas. **Brasil já tem quase 2000 sites de compras coletivas.** Disponível em: <<http://www.bolsadeofertas.com.br/brasil-tem-1963-sites-voltados-para-compras-coletivas>>. Acesso em: 04 fev. 2012.

² FILHO, Adalberto Simão. **Compras Coletivas: Aspectos Jurídicos e Problemática.** São Paulo: Departamento de Cultura e Eventos OAB-SP, set. 2011.

pagamento integral é devolvido na mesma forma em que fora efetuado, geralmente, através de cartão de crédito, débito em conta ou serviços *on line* de pagamento. Por esta razão, o sucesso da venda depende, sobretudo, da divulgação da oferta nos meios de comunicação, *e-mails*, redes sociais e nas relações interpessoais, uma vez que é necessário um número determinado de interessados para a efetivação do negócio jurídico.

Entre as várias razões que levam ao sucesso deste novo negócio na Internet, está a facilidade de uso, bastando apenas a inscrição no *site* e, a geração de benefícios reais aos consumidores, por meio da aquisição de produtos ou serviços com descontos. Além disso, destacam-se outras vantagens para o consumidor, como, produtos e serviços locais; comodidade; aquisição de novos produtos e serviços, até então desconhecidos ou inacessíveis; diversidade nas opções, possibilidade de conhecer novos lugares e estabelecimentos.

Já a empresa, utiliza os *sites* de compras coletivas como uma ferramenta de *marketing* mais barata e eficiente que proporcionará ao fornecedor a multiplicação de suas vendas em curto espaço de tempo, além de, mobilizar o consumidor para conhecer fisicamente o estabelecimento, pois na maioria das vezes deverá comparecer ao local para utilizar o *voucher* e, ainda, oferecer produtos e serviços novos com baixa procura; aumentar o movimento em horários e dias de baixa frequência e fora de temporada; promover a fidelização do cliente, entre outros.

2. Natureza Jurídica

Indubitavelmente, a relação entre o comprador e os *sites* de compras coletivas é de consumo, pois de um lado está o consumidor, representado pelo usuário que acessa o site; do outro estão o *site* de compras coletivas e a empresa ofertante, intitulados de fornecedores³

³ Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou

e, por fim, os bens ofertados, que podem ser produtos ou serviços.

A empresa ofertante, considerada fornecedora, é quem detém os produtos ou serviços que serão negociados com os portais da Internet para serem vendidos com descontos. Já o *site* intitula-se também de fornecedor, pois tem como objetivo a comercialização da oferta através de sua divulgação e o recebimento de comissão sobre as vendas, por este motivo, apesar da maioria informar em seus regimentos que não faz parte da cadeia de consumo, é inquestionável a aplicação dos direitos consumeristas neste contexto, pois o *site* promove a intermediação da venda.

Concernente à relação entre os fornecedores diretos e indiretos, a legislação aplicável será o Código Civil, por não se enquadrarem no conceito de consumidores, uma vez que não são os destinatários finais do produto ou serviço, razão pela qual, esta relação jurídica não será abordada no presente trabalho.

Os direitos básicos e os princípios gerais do direito do consumidor, como a vulnerabilidade, boa-fé e confiança, bem como, os seus direitos básicos, no tocante à segurança, informação e proteção contra práticas comerciais abusivas, dentre outros, devem ser assegurados e mantidos, também, no ambiente virtual.

O princípio da vulnerabilidade⁴, prescrito no artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, é o preceito básico que fundamenta a existência e aplicação do direito consumerista e, por isso, constitui presunção legal absoluta, isto é, não admite prova em contrário, quanto a condição de fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado de consumo.

comercialização de produtos ou prestação de serviços. (art. 3º do Código de Defesa do Consumidor)

⁴ Cabe alertar que não se deve confundir vulnerabilidade com hipossuficiência. A questão da hipossuficiência, presente no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, está intimamente ligada à possibilidade de o juiz determinar ou não, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, como forma de facilitação da defesa do consumidor em juízo, tendo em vista que em muitas situações as informações e documentos estão na posse do fornecedor.

Na lição de Nehemias Domingos de Melo⁵:

O reconhecimento da vulnerabilidade é, por assim dizer, uma primeira medida de efetivação do princípio constitucional da isonomia, significando dizer que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo. Essa fraqueza tem a ver, principalmente, com o desconhecimento tecnológico do produto ou serviço ofertado no mercado e não, necessariamente, com a capacidade econômico-financeira das partes envolvida, de sorte que o consumidor pode até ser mais abastado do que o fornecedor que isto não muda a sua condição de vulnerável perante o fornecedor.

A condição de vulnerabilidade fica ainda mais evidenciada na contratação a distância, como ocorre com os *sites* de compras coletivas e, por isto, se deve defender e aperfeiçoar a posição jurídica do consumidor virtual ao mesmo grau de proteção que já alcançou no comércio real.

O princípio da boa-fé, previsto no artigo 4º, III, possui aplicação tanto na celebração do negócio jurídico, quanto em sua execução e, exige que as partes procedam com honestidade, lealdade e ética em suas relações. É dividida em boa fé subjetiva e objetiva.

A boa-fé subjetiva diz respeito ao ânimo interior das pessoas envolvidas na relação de consumo, ou seja, considerar-se-á o fator psicológico, a intenção das partes no momento da formação do vínculo obrigacional.

Já a boa fé objetiva, incorporada pelo Código consumerista, pode ser definida como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. É um padrão, um modelo ideal de conduta que se espera de todos os integrantes de uma dada sociedade.

Nas palavras de Rizzatto Nunes:

Quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes.⁶

Como decorrência deste princípio, estão anexos outros deveres, tais como, transparência e informação.

No que tange a transparência, previsto como objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo⁷, Cláudia Lima Marques a conceitua como, “informação clara sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual”⁸.

Como reflexo à transparência está o dever do fornecedor de informar e o direito do consumidor de ser informado acerca da qualidade, características, quantidade, composição, preço, validade, garantia, entre outros dados, bem como sobre os eventuais riscos que o produto possa oferecer à saúde e segurança, de forma a permitir que o consumidor exerça seu direito de escolha⁹. Tal requisito também se aplica na relação contratual, devendo abranger as condições da contratação, suas características e eventuais consequências e riscos. Por esta razão, os portais de ofertas coletivas devem informar claramente todas as condições para a efetivação do negócio jurídico, sob pena de ser considerado nulo.

De transcendente importância explicar que a eficácia do direito à informação do consumidor não se satisfaz com o cumprimento formal do dever de indicar dados e demais elementos informativos, sem o cuidado ou a preocupação de que esteja sendo

⁵ MELO, Nehemias Domingos de. **Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 54/55.

⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 128.

⁷ Art. 4º do Código de Direito do Consumidor.

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 595.

⁹ Art. 31 do Código de Defesa do Consumidor.

devidamente entendido pelos destinatários destas informações.¹⁰

O dever de informar se exterioriza através da oferta, conforme o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor e, do conteúdo do contrato, de acordo com o artigo 46 do mesmo diploma legal.

Desta forma, a veiculação das ofertas nos *sites* de compras coletivas integra o contrato de consumo, vinculando o fornecedor ao cumprimento da informação ou publicidade anunciada, caso contrário, este poderá sofrer as consequências enunciadas no artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor.

Ao fornecedor virtual também é vedada a publicidade enganosa ou abusiva (artigos 36 e 37) e, igualmente, práticas comerciais (artigo 39) ou cláusulas contratuais abusivas (artigo 51).

Por derradeiro, o princípio da confiança surgiu nas manifestações da boa-fé e é assim definida por Roberto Senise Lisboa:

A confiança é um valor fundamental do negócio jurídico, mas não tem sua gênese a partir do sistema legal. É gerada pelas partes. Confiar nas normas em vigor não é acreditar no negócio jurídico em si. A confiança negocial é focada, delimitada à pessoa do outro, ao conteúdo do pacto e a certeza de que os riscos que porventura vierem a acontecer não impedirão a satisfação do interesse.¹¹

E prossegue:

Boa-fé e confiança não se confundem, se complementam. Boa-fé não se tutela, boa-fé se espera. Boa-fé se revela na conduta pessoal. O que se tutela é a pessoa. O Direito tem por finalidade proteger pessoas. Quando se afirma a proteção da

confiança, o mais apropriado é dizer “do confiante”.¹²

A confiança está atrelada a credibilidade que o consumidor deposita no negócio jurídico e, conseqüentemente, no respeito e na transparência que espera desta relação, materializados na boa-fé objetiva.

Este princípio abrange dois aspectos: primeiro, a proteção da confiança no vínculo contratual, que procura assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, seja através da proibição de cláusulas abusivas, seja de uma interpretação mais favorável ao consumidor. Segundo, a proteção da confiança na prestação contratual que garanta a adequação do produto ou do serviço, assim como evitar riscos e prejuízos deles oriundos.¹³

Não há contratação sem que haja confiança, pois esta pressupõe a segurança e a credibilidade que o consumidor deposita no vínculo contratual de entrega de bem ou prestação de serviços, a fim de satisfazer seus interesses e expectativas advindas do ato.

Conclui-se que o consumidor virtual faz *jus* a todos os princípios e direitos básicos elencados no Código Consumerista, em especial de ser tratado de forma igualitária perante aos demais clientes, não podendo ser discriminado por ter adquirido tal direito mediante desconto, bem como, não pode receber um produto ou serviço diverso daquele ofertado e vendido no estabelecimento.

No que tange a modalidade da compra coletiva, aplica-se o contrato de compra e venda condicional disposto nos artigos 121 e 125 do Código Civil. Deste modo, sua efetivação condiciona-se a atingir um número mínimo de comprados para ativar a validade da oferta, caso contrário, não será celebrado o negócio jurídico entre as partes em razão da não realização da condição a qual o direito está subordinado. Neste caso, o pagamento realizado pelo comprador deverá ser integralmente restituído, preferencialmente, da mesma forma em que fora efetuado.

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 122.

¹¹ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 20.

¹² *Idem.*, p. 170.

¹³ RANGEL, Maurício Crespo. A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor**, ano 18, n. 71, jul-set/2009, Revista dos Tribunais, p.174.

A condição também está atrelada à utilização correta do *voucher*, divulgado por meio de informações claras disponibilizadas no sítio da oferta, como prazo de validade, datas e agendamento prévio, se houver.

Cumpre destacar que nos negócios jurídicos celebrado pelo e-commerce aplicam-se as mesmas regras do contrato convencional realizado pessoalmente, uma vez a Internet não cria um novo tipo de contrato, mas tão somente, uma nova forma de estabelecer as relações contratuais.

Para Ricardo Luis Lorenzetti¹⁴, “o princípio jurídico aplicável é o da não-discriminação, vale dizer, vigoram as regras gerais sem que se possa invocar a presença do meio digital para descartá-las”.

Assim, o contrato eletrônico deve preencher todos os requisitos de validade aplicáveis aos contratos celebrados por meio físico, sejam, agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e, forma prescrita ou não defesa em lei, conforme determina o artigo 104 do Código Civil Brasileiro. Caso sejam praticados em desobediência ao que prescreve a norma jurídica sofrem, como sanção, a privação dos seus efeitos, resultando em ato inexistente, nulo (artigo 166) ou anulável (artigo 171), ambos do mesmo diploma legal.

A esse respeito, adverte Maria Helena Diniz.¹⁵

O contrato eletrônico terá de preencher certos requisitos legais para ter validade e eficácia, ou seja, para irradiar efeitos jurídicos. Tais requisitos exigidos pelo Código Civil são: A) Subjetivos, pois exigem manifestação da vontade de duas ou mais pessoas capazes civilmente para a efetivação do ato negocial, desde que não apresente vícios de consentimentos e sociais; B) Objetivos, pois requerem, como qualquer outra modalidade de contrato, a licitude, a suscetibilidade de determinação e a possibilidade física ou jurídica

do objeto e conteúdo econômico; C) Formais, pois exigem o uso do computador na sua formação, ficando registrados no seu disco rígido, podendo, por isso, ser transferido sem perda de conteúdo para disquetes, CR-ROMs, homepage e disco rígido de outro computador.

Quanto as demais características dos contratos virtuais, estes se utilizam das mesmas normas do direito brasileiro como diretrizes para sua validação e efetivação no mundo jurídico, referente à sua forma, momento de formação e foro competente.

No que tange a forma, o negócio jurídico celebrado entre o consumidor e os *sites* de compras coletivas não depende de forma especial, conforme preceitua o artigo 107 do Código Civil, razão pela qual os contratos eletrônicos são escritos e a manifestação da vontade deve ser expressa, geralmente realizada com a aceitação da oferta e o pagamento.

O aperfeiçoamento deste contrato de compras coletivas é entre ausentes, já há um lapso temporal entre o intercâmbio de mensagens e, por esta razão a efetivação do negócio jurídico não ocorre de forma instantânea, nem mesmo, o recebimento do *voucher*, o qual depende da confirmação do número mínimo de compradores, aprovação do pagamento e o encerramento da oferta.

Na sua grande maioria, referidos contratos são celebrados de forma padronizada, chamados contratos de adesão, ou seja, aquele que oferece o produto ou o serviço elabora previamente o conteúdo do negócio jurídico submetendo-se o aderente, neste caso virtual, aceitá-lo ou não, sem que haja a possibilidade de alterá-lo.

Em relação ao foro competente, quando o direito versar sobre responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços advindos de uma relação de consumo, será o do domicílio do consumidor, conforme prescreve o artigo 101, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o *voucher* emitido pelo *site* de compras coletivas serve como prova da realização do negócio jurídico, o qual, por meio de seu código, dará direito ao usufruir do serviço ou do bem adquirido mediante

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 288/289.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 26 ed. São Paulo:Saraiva, 2010, p. 774/778.

pagamento e cumprimento das condições de validade.

Diante destes elementos, é plenamente possível e válida a realização de negócios jurídicos via Internet, em especial, a efetivação de compras coletivas nos sítios correspondentes.

3. Responsabilidade Civil

Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade, no âmbito civil quanto no penal, que pode ser conceituada como o dever jurídico de recomposição do dano sofrido, imposto ao seu causador direto ou indireto.¹⁶

A responsabilidade civil é definida por Maria Helena Diniz como: "a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda".¹⁷

Em face de a relação jurídica ser de consumo, entre o comprador e os *sites* de compras coletivas, haverá a responsabilidade civil regida pela legislação de defesa do consumidor, quer em desfavor do fornecedor que detém os produtos e serviços, quanto o que comercializa.

Isto significa dizer que os *sites* também serão responsáveis, solidariamente, com o anunciante, pela publicidade enganosa ou abusiva, práticas comerciais ou cláusulas contratuais abusivas, descumprimento dos direitos e princípios básicos da lei consumerista e da legislação vigente.

Entretanto, contrariando a lei, a maioria dos termos de adesão destes sítios, mencionam expressamente que não se responsabilizam pelos serviços e produtos oferecidos pelos seus parceiros, como, a entrega, quantidade, qualidade, estado, legitimidade dos produtos ofertados, nem mesmo, pelo efetivo cumprimento das obrigações. Tal alegação, sob a égide das leis consumeristas, torna a

cláusula nula de pleno direito em decorrência de ser abusiva.

Além disso, também não deve ser considerada a alegação de que os *sites* não detêm a posse nem a propriedade dos produtos e/ou serviços ofertados através de suas páginas e, que as ofertas são realizadas em nome do respectivo parceiro, pois os sites participam do sistema da venda, inclusive com o recebimento de comissões calculados sobre o volume de transações e, por isso, tem responsabilidade por serem considerados fornecedores.

A responsabilidade é dividida entre fato do produto e do serviço, determinada nos artigos 12 à 14 e, vícios de produtos e dos serviços, previstos nos artigos 18 à 20, todos do Código Consumerista.

A responsabilidade pelo fato do produto prevê que o fabricante, produtor, construtor e o importador respondam, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos aos consumidores por defeitos, bem como, informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. Tratam-se de defeitos intrínsecos do produto que podem gerar acidentes de consumo e danos ao consumidor.

É a chamada responsabilidade objetiva, aplicada como regra pelo sistema consumerista, embasado na teoria do risco aparente da atividade profissional como forma de socializar os riscos e de garantir a efetiva reparação dos danos causados ao consumidor. Por esta teoria, quem introduz um risco novo na vida social deve arcar com eventuais consequências danosas a outrem, em toda a sua integridade.¹⁸ Tal responsabilidade é fundada no dever de segurança (artigos 8º à 10).

Referido risco está intimamente relacionado à obrigação de respeitar os direitos do consumidor, seja no âmbito físico, psíquico ou patrimonial. Da violação deste dever jurídico, nasce o direito, por parte da vítima e o dever, por parte do detentor da atividade, de indenizar, independentemente de culpa, pois, na responsabilidade objetiva, basta que a vítima demonstre a ocorrência do dano e o

¹⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil. Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil.** Vol.2, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 427

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil.** Vol. 7, 17ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

¹⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 42.

nexo de causalidade para fazer *jus* ao direito indenizatório.

Assim, no caso de acidente de consumo no mercado de compras coletivas, o anunciante e *site*, intitulados de fornecedores, serão responsáveis objetivamente e solidariamente pelos danos ocasionados aos consumidores, cabendo-lhe o direito de regresso ao verdadeiro responsável.

A solidariedade permite o alargamento das possibilidades de indenização de danos aos consumidores, tendo em vista que a lei faculta ao consumidor lesado a opção de escolha para demandar contra qualquer um dos participantes da relação de consumo, de acordo com o enunciado do artigo 46.

A responsabilidade por parte do fornecedor somente será isenta se ocorrem os casos previstos na lei do consumidor:

A exoneração do dever indenizatório somente ocorrerá se o fornecedor de produtos ou serviços provar, e este é um ônus só seu, que não colocou o produto no mercado (artigo 12, § 3º, I), ou que mesmo tendo colocado o produto no mercado, ou fornecido o serviço, não existe o defeito apontado (artigo 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I), ou ainda, que o dano decorrente do acidente se deu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiros (artigos 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II).¹⁹

O mesmo ocorre em relação a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço, ou seja, aquele inerente e intrínseco que atinge a funcionalidade econômica do bem, tornando impróprio ou inadequado para o consumo, podendo ser de qualidade ou quantidade, será sempre solidária entre os fornecedores. Deste modo, o consumidor poderá responsabilizar qualquer um dos participantes da cadeia de consumo, quer seja o *site* de compras coletivas ou o anunciante, sendo que aquele que não contribuiu para o vício do produto poderá promover ação regressiva em face do verdadeiro responsável.

Neste contexto, o consumidor que efetuar uma compra no sítio de compras coletivas e tiver algum dano dela decorrente, seja através de acidente de consumo ou vício do produto e do serviço, poderá ajuizar ação cível contra qualquer um dos fornecedores, anunciante ou *site*, a fim de reparar o prejuízo, a teor do disposto no parágrafo primeiro do artigo 25 do Código Consumerista.

Um dos motivos principais do aumento da demanda judicial é a falta de resolução administrativa por parte das empresas, sendo que os sites e anunciantes das ofertas não prestam a devida assistência ao consumidor, gerando descontentamento e, conseqüente, a procura da justiça para resolver os impasses.

Na prática, alguns *sites* de compras coletivas estão entre as vinte empresas que mais receberam reclamações nos últimos doze meses, cerca de 35.000 mil.²⁰ Dentre as principais queixas está a dificuldade de obter o estorno do valor pago em casos de não prestação do serviço prometido; diferença na qualidade do produto ou serviço original; propaganda enganosa; ausência ou inadequação de informações de preços e características das ofertas; não entrega do produto e, indisponibilidade do site no exato momento da aceitação da proposta.

Por este motivo, vários sites, bem como, estabelecimentos que anunciam os produtos e serviços, foram atuados pela Fundação Procon-SP por praticarem condutas em desacordo com o Código de Defesa do Consumidor, como não garantir a qualidade dos serviços oferecidos, negar a devolução dos valores nos casos de não prestação do serviço, informar percentual de desconto incorreto, entre outros. Referidas empresas responderão a processos administrativos, assegurada ampla defesa, podendo ao final deste ser multada, que pode variar de R\$400,00 a R\$ 6 milhões, com base no artigo 57 do código consumerista.²¹

A tendência do Poder Judiciário é proteger o consumidor e condenar o site,

¹⁹ MELO, Nehemias Domingos de. **Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 68

²⁰ Disponível em: <<http://www.reclameaqui.com.br/ranking>> Acesso em 15 fev. 2012.

²¹ Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=2505>> Acesso em 10 dez. 2011

inclusive por danos morais. Em razão disso, os sítios de compras coletivas devem ser cautelosos no momento de firmar parcerias com empresas, no intuito de verificar a qualidade e integridade dos produtos e serviços disponibilizados e, a possibilidade de cumprimento das ofertas, a fim de se resguardar. Além disso, devem investir em um serviço de atendimento ao consumidor a fim de dirimir as dúvidas e sanar eventuais problemas provenientes da contratação.

Salutar informar que, os *sites* agregadores que reúnem em uma só página as melhores ofertas por cidade dentro das principais redes de compra coletivas, não são responsáveis, pois se enquadram na categoria de meios de comunicação, ou seja, apenas aglutinam e divulgam as promoções realizadas pelos sites de compras coletivas, não fazendo a intermediação da compra entre fornecedores e consumidores.

Por fim, é essencial que o consumidor tenha alguns cuidados quando for adquirir produtos ou serviços nos *sites* de compras coletivas, como, observar se as páginas são seguras; averiguar se a empresa onde será realizado o serviço está com todos os alvarás e autorizações atualizadas; investigar a idoneidade das empresas e se existe alguma reclamação contra elas em redes sociais, no *site* do PROCON e similares; observar quais são as ferramentas de pagamento utilizadas por cada um e, priorizar a preferência dos *sites* passíveis de certificação (como a PagSeguro e a DinheiroMail), pois com estes os riscos de golpe são reduzidos.

Destarte, após o conhecimento dos direitos do consumidor e da responsabilidade dos *sites* de compras coletivas, além dos cuidados para não ser vítima do *e-commerce*, é possível aproveitar a força de toda a coletividade para desfrutar dos benefícios deste novo segmento, responsável por uma verdadeira revolução no mundo do consumo.

4. Regulamentação Legislativa

Apesar da aplicação das regras existentes no ordenamento jurídico, tal fato não exclui a necessidade de criação de uma lei específica para regulamentar a Internet e, principalmente as compras coletivas, a fim de definir

objetivamente as regras de sua utilização, direitos e deveres e, de responsabilização diante dos usuários.

Neste sentido, no ano de 2011 foi proposto o projeto de Lei nº. 1232, de autoria do Deputado João Arruda, que disciplina a venda eletrônica coletiva de produtos e serviços através de sítios na Internet e estabelece critérios de funcionamento para essas empresas.

O projeto prevê que as empresas que exploram o comércio eletrônico de vendas coletivas devem manter serviço telefônico de atendimento ao consumidor, bem como, fornecer informações sobre a localização da sede física do sítio. No que tange a hospedagem dos sítios de venda coletiva eletrônica deverá ser de responsabilidade de empresa com sede ou filial em território nacional, sendo obrigatória a sua identificação.

Já as ofertas devem conter um número mínimo de informações, em tamanho não inferior a vinte por cento da letra da chamada para a venda, sendo que estas somente poderão ser enviadas aos clientes pré-cadastrados que autorizarem previamente o recebimento.

No que tange a responsabilidade, o projeto de Lei prevê que a empresa proprietária do sítio de vendas coletivas e o estabelecimento ofertante sejam solidariamente responsáveis pela veracidade das informações e por eventuais danos causados ao consumidor, aplicando ao comércio coletivo eletrônico, no que couber, as normas dispostas no Código de Defesa do Consumidor.

Referido projeto corroborou para a criação do Comitê de Compras Coletivas junto a Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico (Câmara e-net), em julho de 2011, com o objetivo principal de elaboração de código de ética e termo de autorregulação do segmento.

Tal documento foi oficializado em agosto do mesmo ano e prevê regras mais claras para as boas práticas em compras coletivas, como não permitir ofertas falsas ou enganosas; não realizar vendas que infrinjam a lei, como a venda de produtos e serviços que desrespeitem a códigos de classe; não alterar o contador de vendas; não enviar spams e, principalmente, agir mediante os preceitos da moral, conduta e responsabilidade.

Em contexto similar a este projeto de Lei, o Rio de Janeiro publicou no dia 10 de janeiro de 2012 a Lei n.º 6.161 que estabelece regras claras para o setor de compras coletivas, cujas empresas estejam sediadas no Estado, as quais terão até o mês de abril do corrente ano para se adaptarem as novas normas. Dentre elas destacam-se o fornecimento de serviço telefônico gratuito de atendimento ao consumidor; informações sobre a localização da sede física da empresa de vendas coletivas; devolução do dinheiro em 72 horas, no caso da venda não se concretizar por não atingir número mínimo de pessoas e, disponibilização de avisos sobre os riscos de alergia para as vendas de alimentos e de contraindicações existentes na oferta de tratamentos estéticos. Ainda, o descumprimento do contrato, cuja compra tenha sido concluída com sucesso pelos consumidores, gerará obrigações para a empresa de compras coletivas ou para a empresa responsável pela oferta do produto ou do serviço.

Conclusões

Os *sites* de compras coletivas demonstram o crescimento estrondoso e inevitável do *e-commerce*, responsável por uma revolução digital sem precedentes que tem como objetivo suprir as necessidades da sociedade contemporânea.

Ao que tudo indica e de acordo com os dados apresentados, esta nova forma de adquirir produtos e serviços tende a crescer a cada ano e, juntamente com o aumento das vendas, os problemas jurídicos.

Tal tendência reafirma a necessidade de adequar o Direito a realidade social, de modo a tutelar as relações nesta desenvolvidas, uma vez que não se pode negar a evolução constante das instituições jurídicas,

principalmente das relações privadas. Neste sentido, o Brasil deve fomentar a regulamentação jurídica do tema, como proposto pelo Projeto de Lei n.º 1232, em tramitação na Câmara de Deputados e, pela Lei n.º 6.161 de janeiro de 2012, editada pelo Rio de Janeiro.

A elaboração de Código de Ética, com termo de regulamentação do segmento é determinante para a padronização dos procedimentos e atendimentos realizados pelos *sites* de compras coletivas que, acima de tudo, devem zelar pela urbanidade, moralidade e legalidade de suas ações.

Afinal, ao ambiente virtual aplicam-se as mesmas regras da relação jurídica convencional realizada pessoalmente, uma vez que a Internet não cria um novo tipo de negócio jurídico, mas tão somente, uma nova forma de estabelecer as relações contratuais, uma vez que a função da nova tecnologia é servir como meio de celebração contratual e não como fim.

Desta forma, por se tratar de relação de consumo, os *sites* de compras coletivas estão submetidos aos ditames impostos pelo Código de Defesa do Consumidor, como, o dever de informar claramente as condições da efetivação do negócio jurídico; responsabilizar-se solidariamente pelos danos causados ao usuário e, devolver os valores pagos, nos casos em que o mínimo de compradores não se efetivar.

Em sede de conclusão, aos consumidores que utilizam o comércio eletrônico das compras coletivas se aplicam os mesmo direitos disponíveis ao consumidor real, cabendo ao Poder Judiciário dirimir quaisquer conflitos provenientes desta relação jurídica.

REFERÊNCIAS

Legislação

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil

Obras e artigos:

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 26 ed. São Paulo:Saraiva, 2010.**

_____. **Responsabilidade Civil.** Vol. 7, 17ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FILHO, Adalberto Simão. **Compras Coletivas: Aspectos Jurídicos e Problematização.** São Paulo: Departamento de Cultura e Eventos OAB-SP, set. 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Manual de Direito Civil. Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil.** Vol.2, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo.** São Paulo: Atlas, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor.** 2 ed. São Paulo:Saraiva, 2007.

RANGEL, Maurício Crespo. A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor**, ano 18, n. 71, jul-set/2009, Revista dos Tribunais.

Site:

Bolsa de Ofertas. **Brasil já tem quase 2000 sites de compras coletivas.** Disponível em:<<http://www.bolsadeofertas.com.br/brasil-tem-1963-sites-voltados-para-compras-coletivas>>. Acesso em: 04 fev. 2012

ReclameAqui. Disponível em: < <http://www.reclameaqui.com.br/ranking>> Acesso em 15 fev. 2012.

Fundação de Defesa e Proteção do Consumidor. **Compras Coletivas.** Disponível em:

< <http://www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=2505>> Acesso em 10 dez. 2011

RESUMO

É inconcebível, no ordenamento jurídico moderno, a existência de um dispositivo, em lei infraconstitucional, concernente à proteção da posse em detrimento da vida, devendo o jurisdicionado reivindicar seus direitos através do Poder Judiciário, evitando praticar justiça com as próprias mãos. Desforço imediato não se confunde com legítima defesa da posse, que possui natureza jurídica complexa, abarcando a proteção do patrimônio e da integridade física. O desforço imediato teria melhor aplicação no Direito Administrativo, pois milita em favor do Estado o princípio da autoexecutoriedade, que o autoriza a praticar atos, discricionariamente, independentemente de mandado, incumbindo-lhe a proteção do patrimônio público.

Palavras-chave: Autotutela. Heterotutela. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

It is inconceivable in the modern legal system, the existence of infra law, protecting of ownership over the life, the citizens must claim their rights through the judiciary, avoiding practicing law into their own hands. Immediate vengeance can't be confused with legitimate defense of tenure, which has complex legal nature, covering the protection of heritage and physical integrity. The immediate vengeance would have best application in Administrative Law, because militates in favor of the principle of State autoexecutoriedade, authorizing it to perform actions, discretion, regardless of warrant and instructed him to protect public.

Keywords: Self-Protection. Peer-Guardianship. Unconstitutional.

*Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, cursando 8º Semestre/2012.

**Professora Orientadora. Mestre em Direito de Estado pela PUC/SP. Professora de Direito Constitucional do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU.

Introdução

O direito à propriedade e o direito à vida, estão presentes na Constituição Federal de 1988, no Título II, que trata dos Direitos e das Garantias Fundamentais do homem na sociedade. Ambos invioláveis, conforme art. 5º, “caput”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe a garantia de que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, além do direito à propriedade, só, ou em sociedade com outros, não podendo ninguém ser arbitrariamente privado dela.

A posse, no entanto, traz menor importância que a propriedade, não se colocando como direito ou garantia fundamental, tendo, o possuidor, seus direitos protegidos apenas pelo ordenamento jurídico infraconstitucional, que são relativizados pela função social da propriedade.

Já a vida pode ser considerada o bem fundamental do ser humano, sendo absoluto e indisponível, pois sem ela, não há que se falar em outros direitos, nem mesmo os da personalidade, sendo inadmissível a autotutela para a satisfação de um interesse pessoal, colocando em risco a integridade física do esbulhador e regredindo o ordenamento jurídico a uma época primitiva, quando Estado não intervinha nos interesses privados.

Feitas estas breves considerações, discorreremos este artigo para demonstrar a inconstitucionalidade do desforço imediato descrito no art. 1.210, § 1º, do Código Civil, porquanto o Estado, detentor do poder jurisdicional de resolução de conflitos, não pode permitir a autotutela aos cidadãos, para defesa, mesmo que legítima, de seus interesses, resultando em riscos à pessoa para a defesa de seu patrimônio, por lei infraconstitucional, embora existam decisões em sentido contrário¹.

¹ Apelação nº 0001322-04.2010.8.26.0132 – 35º Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo – Relator: Mendes Gomes – Apelante: Geral do Moraes – Apelados: Aparecida Pereira Damasceno e Edna Perpétua dos Santos Damasceno – Julgamento: 23/01/2012 – Voto: 23.195.

1. Posse

Propriedade se diferencia de posse, porquanto aquele que a detém, ou seja, o proprietário, tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha²; já a posse, segundo Ihering, tem como “principal elemento constitutivo o ‘corpus’, que se traduz no reconhecimento de que o possuidor utiliza-se do bem que lhe dá destinação econômica, tornando evidente a relação fática entre a pessoa e o bem”³.

Os elementos constitutivos da posse são:

a) o “corpus”, ou seja, exterioridade da propriedade, consistente no estado normal das coisas, sob o qual desempenham a função econômica de servir e pelo qual o homem distingue quem possui e quem não possui;

b) o “animus” que já está incluído no “corpus”, indicando o modo como o proprietário age em face do bem de que é possuidor. Dispensa-se a intenção de ser dono para considerá-lo possuidor.

Aponta Carlos Alberto Garbi em sua obra⁴ que: “a posse está vinculada em geral aos direitos reais, por esta razão deve ser lembrada como sua característica, já que é considerada conteúdo, exercício e exteriorização da propriedade, sendo figura estranha aos direitos pessoais”.

Em seguida, este autor relembra as lições de Ihering, quanto à relação existente entre posse e propriedade já que “a propriedade sem a posse seria um tesouro sem a chave para abri-lo, uma árvore frutífera sem a competente escada para colher-lhe os frutos”, sendo a posse uma consequência do domínio.

Verifica-se que o direito à vida não se relativiza, sendo absoluto. Contrariamente a isso, o direito à posse, por sofrer os mesmos efeitos da propriedade, é relativo em razão do

² Art. 1.228, do Código Civil.

³ Apelação nº 0001322-04.2010.8.26.0132 – 35º Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo – Relator: Mendes Gomes – Apelante: Geral do Moraes – Apelados: Aparecida Pereira Damasceno e Edna Perpétua dos Santos Damasceno – Julgamento: 23/01/2012 – Voto: 23.195, p. 4.

⁴ GARBI, Carlos Alberto. **Relação Jurídica de Direito Real e Usufruto**. São Paulo: Método, 2008, p. 132.

princípio da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade.

2. Tratamento jurídico constitucional conferido ao direito de propriedade e ao direito à vida

Como dito, o direito à propriedade e o direito à vida estão previstos expressamente como direitos fundamentais da pessoa na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como na Constituição Federal de 1988.

Os direitos humanos, conforme Paulo Hamilton Siqueira Jr. e Miguel Augusto Machado de Oliveira, são: “cláusulas básicas, superiores e supremas que todos os indivíduos devem possuir em face da sociedade em que está inserido. São aqueles direitos válidos para todos os povos, em todas as épocas⁵”, não precisando, portanto, estarem positivados no ordenamento jurídico⁶.

O direito à vida e o direito à propriedade são considerados direitos fundamentais, pois são “reconhecidos pelo Estado, na norma fundamental, e vigentes num sistema jurídico concreto, sendo limitados, no tempo e no espaço. Num conceito pleno, os direitos fundamentais são aqueles consagrados na norma fundamental e que dizem respeito a preceitos fundamentais, basilares para que o homem viva em sociedade⁷”.

Estes direitos fundamentais foram inseridos, nos textos de diferentes países, de

forma gradativa e histórica ao longo do tempo, à medida que os autores começaram a classificá-los em gerações, com o direito de propriedade e o direito à vida, na primeira divisão.

Assim, os direitos de primeira geração surgiram nos séculos XVI e XVII, construídos, a partir da doutrina do direito natural, que pregava o direito inerente à natureza humana e anteriores ao direito positivo, trazendo a proteção das liberdades públicas, ou seja, os direitos individuais, compreendidos como aqueles inerentes ao homem e que devem ser respeitados por todos os Estados, como o direito à liberdade, à vida, à propriedade, à manifestação, à expressão, ao voto, entre outros.

Conforme explica Alexandre de Moraes, “essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo⁸”.

Os direitos de segunda geração englobam os chamados direitos sociais, econômicos e culturais, pelos quais se passaram a exigir do Estado, ao contrário dos de primeira geração, sua intervenção positiva para que a liberdade do homem fosse protegida totalmente. Aqui os direitos protegidos são: o trabalho, o direito de greve, o direito à saúde, à educação, entre outros. Veio atrelado ao Estado Social, materializando-se na Constituição Mexicana, de 1917, na Rússia, de 1918, e na República de Weimar, de 1919.

Por fim, os direitos de terceira geração abarcam os chamados direitos de fraternidade e solidariedade, voltados para a proteção da coletividade. As Constituições passam a tratar da preocupação com o patrimônio histórico, cultural, ao meio ambiente, etc.

Algumas doutrinas classificam, ainda, os direitos de quarta e quinta geração, no entanto, não há necessidade classificá-los aqui, porquanto o direito de propriedade e o direito à

⁵ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26.

⁶ O *iusnaturalismo* é consequência dos princípios à natureza racional e social do ser humano. Por motivo, é *imutável*, Sua origem, porém, é controversa. Para os estoicos, essa origem seria a natureza cósmica (perfeição, ordem e equilíbrio do universo); para os teólogos medievais, Deus seria o princípio e o fim de todas as coisas; para os racionalistas, o *iusnaturalismo*, seria o produto da razão humana. (LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 35-<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502156999/page/35>. Consulta realizada em 16/11/2012).

⁷ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.26.

⁸ MORAIS, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 19.

vida já se fazem presentes nos direitos de primeira geração.

3. Previsões Legais nas Constituições Brasileiras a respeito do direito à vida e a propriedade

Nesse ponto, observa-se que as constituições passadas, com exceção da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, não fizeram menção expressa à proteção à vida, no entanto, conforme citado alhures, o direito à vida é direito basilar, não se podendo falar em outros, sem a sua existência, sendo, portanto, sua proteção implícita nas Cartas Magnas quando protegido, por exemplo, o direito à segurança.

3.1. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824

Nesta Carta Magna, o direito à propriedade vem inserido no art. 133, V, além de outros dispositivos, impondo a responsabilidade dos Ministros de Estado pelo que obrarem contra a Liberdade, a segurança ou, a propriedade dos Cidadãos.

No art. 179, desta Constituição, insere-se a inviolabilidade dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, garantida em sua plenitude.

3.2. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891

Neste texto constitucional, há uma inovação trazida pelo art. 72. Garantiu-se aos estrangeiros, desde que residentes no Brasil, a inviolabilidade dos direitos concernentes à propriedade, em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

3.3. Constituição da República Dos Estados Unidos Do Brasil, de 16 de julho de 1934

Nesta Constituição, a propriedade vem, pela primeira vez, inserida na previsão dos direitos e das garantias individuais, com previsão no art. 113, assegurando-se os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil: a inviolabilidade dos direitos concernentes à propriedade, agregando-se a outros dispositivos que tratam da propriedade.

3.4. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937

Neste texto constitucional, o legislador constituinte se absteve de fazer inovações quanto ao direito de propriedade, mantendo-se as garantias previstas nas constituições anteriores.

3.5. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946

Pela primeira vez, o Legislador Constituinte colocou explicitamente, no art. 141, a garantia de inviolabilidade do direito à vida aos brasileiros e estrangeiros residentes do Brasil, mantendo-se o direito à propriedade.

3.6. Constituição da República Federativa do Brasil, de cinco de outubro de 1988

O título das garantias e direitos fundamentais anuncia a garantia expressa ao direito à vida e à propriedade.

Mas, nota-se que, apesar do direito de propriedade ter previsão, nos textos das Constituições anteriores, sem ressalva quanto às condições sociais, a doutrina explica que tal direito tratava-se de um privilégio⁹. Desde Roma, somente os pais de família eram considerados como sujeitos de direito.

Desta forma, a propriedade fundiária tinha um aspecto da vida familiar, subordinado ao direito “quiritário”, só podendo ser detida por cidadãos romanos livres, “sui iuris”, e em cada família pelo “pater famílias”. Os escravos e os filhos não emancipados poderiam ter um pecúlio, um fundo próprio para seu uso e investimento, mas não podiam ter acesso a propriedade “quiritária”.

4. A Inconstitucionalidade do desforço imediato

O Código Civil de 2002 eliminou diversos dispositivos do Código Civil de 1916, de caráter nitidamente processual sobre a defesa da posse.

Nesse aspecto, vale mencionar as lições do Magistrado Francisco Eduardo Loureiro:

⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias**. - 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 374.

O novo Código civil eliminou, por exemplo, os arts. 506, 507 e 523, do Código Civil de 1916, que tratavam da defesa da posse velha (mais de um ano e dia) e da posse nova (menos de um ano e dia), mencionando ritos e a possibilidade de concessão de liminar. A alteração de postura tem razão de ser. Não se justifica a inserção de matérias de direito adjetivo atual no Código Civil, uma vez que a competência para legislar sobre o processo civil é da União, eliminando o risco de dispositivos dispares nas legislações estaduais como ocorria nos primórdios do Código de 1.916¹⁰

Dispõe o art. 1.210, “caput”, a respeito das três moléstias causadas por atos injustos de terceiros que podem atingir a posse, e para cada uma delas a lei prevê um remédio possessório, a saber: esbulho, corrigível pela reintegração de posse¹¹, ou desforço imediato;

¹⁰ PELUSO, Cezar (org.). **Código Civil Comentada: doutrina e jurisprudência**. 5ª. Ed. rev. e atual: Barueri-SP, 2011, p 1180.

¹¹ Possibilidade: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DIREITO DO CIVIL. DEFESA DA POSSE POR DESFORÇO IMEDIATO. POSSIBILIDADE. 1. É possível, dentro dos limites consagrados na legislação, o desforço pessoal, que implica na retomada da posse no instante em que está sendo esbulhada. 2. No caso, realmente a posse era da Construtora e clandestinamente o futuro comprador cometeu o esbulho. 3. A Construtora restaurou o *status quo ante*, trocando apenas a fechadura, num ato de desforço pessoal, dentro dos limites legais. 4. Recurso de Agravo de Instrumento Provido. (Agravo de Instrumento: 177945 - PE 001200800361804, Relator: Francisco Manoel Tenorio dos Santos, Data de Julgamento: 12/03/2009, 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco - http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev4/files/JUS2/TJPE/IT/AG_177945_PE_1281367292909.pdf - Consulta realizada em 18/11/12).

Contrária: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESBULHO POSSESSÓRIO. LIMINAR INDEFERIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVADO QUE NÃO SE VALEU DA VIA LEGAL PARA REAVER O IMÓVEL LOCADO. DESFORÇO IMEDIATO (EX VI DO ART. 1210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL). INCABÍVEL NAS CIRCUNSTÂNCIAS DOS AUTOS. CONFIGURADO O DISTRATO DA RELAÇÃO LOCATÍCIA, O ORDENAMENTO JURÍDICO PREVÊ O MANEJO DA AÇÃO JUDICIAL, SEJA DE

turbação, corrigível pela ação de manutenção de posse; a ameaça, corrigível pela ação de interdito proibitório.

O Código Civil de 2002 manteve o conteúdo do art. 502 da lei revogada, apenas condensando a redação, antes distribuída, em apenas um parágrafo do art. 1.210.

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou

REINTEGRAÇÃO DE POSSE, SEJA DE DESPEJO, PARA RESTITUIR A POSSE DIRETA AO ANTIGO LOCADOR. PRECEDENTES DO TJPE. RECURSO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. Configurado o distrato da relação locatícia, o ordenamento jurídico prevê o manejo de ação judicial seja de reintegração de posse, seja de despejo, para restituir a posse direta ao antigo locador ora Agravado.

2. No caso concreto, embora a obrigação do inquilino seja pagar pontualmente os alugueis e demais encargos locatícios (art. 23, inc. I, da Lei 8.245/91), além de observar fielmente o estabelecido nas cláusulas contratuais, sob pena de violação contratual, o que possivelmente ensejaria a rescisão do pacto firmado (art. 9º, II, da referida lei), o Agravante não poderia ter usado de suas próprias forças, a pretexto de utilização de desforço imediato, para reaver o imóvel, ao invés de recorrer ao ajuizamento da demanda judicial cabível.

3. Em verdade, conquanto o locador possa ter sofrido algum esbulho possessório e ainda que se considere que a posse direta da Agravante decorre de contrato locatício, o que a tornava justa para fins jurídicos, não é permitido ao locador valer-se da faculdade do desforço imediato, conforme previsto no art. 1210, § 1º, do Código Civil, para retomar o imóvel, utilizando-se de suas próprias forças.

4. Nas circunstâncias dos autos, parece mesmo que o Agravado se excedeu ao recorrer ao exercício de suas próprias razões para reaver a posse do imóvel, sobretudo quando não optou por um prévio pronunciamento judicial sobre a questão controvertida.

5. O caso, portanto, remete à reforma da decisão agravada, no sentido de conceder a liminar de reintegração de posse em favor da Recorrente, porquanto denegada na origem, sem a observância da jurisprudência desta Corte Estadual. 8. Agravo de instrumento provido. 14. Decisão unânime. (Agravo de Instrumento -22989420128170001 - PE 0006622-33.2012.8.17.0000, Relator: Josué Antônio Fonseca de Sena, Data de Julgamento: 29/05/2012, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco - http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/TJPE/IT/AI_22989420128170001_PE_1338897919127.pdf - Consulta realizada em 18/11/2012).

restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo¹²; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Verifica-se, portanto, que apesar de o Estado ter tomado para si o dever de prestar a tutela jurisdicional, sobraram, ainda hoje, alguns resquícios de justiça privada, capazes de legitimar, a defesa dos direitos subjetivos pelas próprias das mãos da parte, como na legítima defesa (Código Civil de 2002, art. 188, II; Código Civil de 1916, art. 160, I), com a apreensão do objeto sujeito a penhor legal (Código Civil de 2002, art. 1.467 a 1.472) e com o contestável desforço imediato no esbulho possessório¹³ ¹⁴ (Código Civil de 2002, art. 1.210, parágrafo primeiro; Código Civil de 1916, art. 502).

A legítima defesa tem como natureza jurídica à exclusão de antijuridicidade do ato de defesa, tanto no direito civil como no Direito Penal. A legítima defesa, na verdade, corresponde a uma exigência natural, a um instinto que leva o agredido a repelir a agressão de seu bem tutelado, mediante a agressão de um bem do agressor¹⁵. No entanto, legítima defesa não se confunde com desforço imediato, apesar de existir pontos de encontro.

¹² Indicativo de reação rápida, pronta, no contendo da agressão, no calor dos acontecimentos.

¹³ Esbulho: Segundo Maria Helena Diniz, esbulho é ato pelo qual o possuidor se vê despojado da posse injustamente, por violência, por clandestinidade e por precariedade. Por exemplo, estranho que invade casa deixada por inquilino, comodatário que não devolve a coisa emprestada findo o contrato. No mesmo Sentido: (RT, 536:174 e 570:153) locador de serviços que não devolve a casa que recebeu para morar, sendo dispensado pelo patrão (RT 532:158 e 550:129). Sobre esbulho: RT 226:386, 254:463, 291:677, 322:443, 349:350, 404:203, 518:107, 519:110, 525:104, 532:107, 537:56, 526:105, 538:109, 540:117, 546:104, 555:123, 558:207, 572:136, 579:142, 586:125, 586:171 e 593:162; RF, 106:501, 151:249, 158:299, 167:212 e 253:354. O possuidor poderá, então, intentar ação de reintegração de posse.

¹⁴ Carlos Alberto Garbi ensina que a posse além da clandestinidade, precariedade ou violência poderá ser injusta quando for ilícita ou contrária ao direito, por exemplo, quando o adquirente, sem saber, comprar um imóvel e o título aquisitivo for falso.

¹⁵ BETTIOLI. Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 417.

Tomando-se por base os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, verifica-se que não se pode subverter a natureza dos direitos protegidos pela Constituição Federal, protegendo um direito menos preponderante em detrimento de outro de maior abrangência por uma lei infraconstitucional.

Neste passo, o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui um pré-requisito para o exercício dos outros.

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Poder-se-á dizer que tanto o direito de propriedade como o direito à vida são garantias constitucionais de mesma hierarquia, surgindo o conflito aparente de normas, ou seja, fatos que acarretaram fenômenos de colisão entre princípios ou norma da mesma hierarquia.

No entanto, ocorrendo o conflito, a solução do caso concreto importará de alguma forma e em alguma medida, limitação de um ou de ambos direitos em prol de um resultado específico, devendo o operador do direito analisar, a hermenêutica das normas Constitucionais de maneira sistematizada, sob a ótica dos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, a garantia à vida não sofre limitações, pois é absoluto, ao contrário do direito de propriedade, e conseqüentemente da posse, que sofre restrições em virtude de sua função social e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por isso, para assegurar tal direito e evitar o sacrifício da integridade física à pessoa, desde antigas eras, chegou-se à conclusão de que não deviam os particulares fazer justiça pelas próprias mãos e que seus conflitos deviam ser submetidos a julgamento de autoridade pública fez-se presentes à necessidade de regulamentar a atividade da administração da Justiça¹⁶.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50ª ed. São Paulo: Forense, 2009, v. 1, p. 8.

Humberto Theodoro Júnior explica, com propriedade, que a justiça com as próprias mãos era uma característica de um Estado primitivo, que não intervinha da esfera particular, trazendo insegurança social:

Primitivamente o Estado era fraco e limitava-se a definir direitos. Competia aos próprios titulares dos direitos reconhecidos pelos órgãos estatais defendê-los e realizá-los com os meios de que dispunham. Eram os tempos da justiça privada ou da justiça pelas próprias mãos, que, naturalmente era imperfeita e incapaz de gerar a paz social desejada por todos¹⁷

Ora, em prol do resguardo da verdadeira acomodação social, cabe ao Estado fornecer meios de proteção, assim como fornece¹⁸, àqueles que se mostram como aparentes titulares de direito. Não fosse assim, restabelecer-se-ia a justiça de mão própria, dos primórdios da jurisdição.

Quando a preservação de um patrimônio colocar em risco à pessoa, deverá o Estado prestar sua tutela jurisdicional por meio da ação de reintegração de posse, disciplinado pelo Código de Processo Civil, do art. 926 ao art. 931.

A legítima defesa da posse, quando apenas turbada não é inconstitucional, contrariamente do desforço imediato. Na primeira, defende-se a posse, ainda não perdida, empregando meios para assegurá-los, protegendo não só sua propriedade, móvel ou imóvel, mas também sua integridade física ante a ilegalidade do ato turbatório. Já no segundo, a força empregada deverá ser maior e, nesse caso, mesmo que empregando os meios necessários, a vida de outrem estará em risco, em detrimento da propriedade, sendo a

violência empregada contra a pessoa que está na posse, tentando retirá-la de lá.

Esse aspecto é muito bem explicado por Sílvio de Salvo Venosa da seguinte maneira:

Como na legítima defesa penal, que exige requisito da moderação na repulsa (“Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” art. 25, do Código Penal.), os atos de defesa ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse. É claro que as agruras do possuidor turbado ou esbulhado nem sempre permitiram que se sopesasse, no calor da disputa, o exato limite da repulsa¹⁹.

A permissão dada pelo Estado ao particular para usar da força para defender seu patrimônio em detrimento da integridade física da pessoa é um retrocesso à justiça privada, porquanto a força do particular em defesa dos seus interesses patrimoniais não faz direito.

Nesse sentido, Rousseau já dizia, no seu contrato social:

O mais forte não é nunca assaz forte para ser sempre o senhor, se não transforma essa força em direito e a obediência em dever. Daí o direito do mais forte, direito tomado ironicamente pela aparência e realmente estabelecido em princípio. [...] Convenhamos, pois, que a força não faz direito, e que não é obrigado a obedecer senão às autoridades legítimas (ROUSSEAU, 1996, p. 12).

No caso, não se pode confundir a legítima defesa e o desforço imediato, porquanto são situações cotidianas distintas, que, enquanto uma protege não só a coisa, como também a pessoa, no outro apenas o patrimônio já tomado é protegido, agredindo-se a integridade física do possuidor injusto para reaver o bem.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50ª ed. São Paulo: Forense, 2009, v. 1, p. 35.

¹⁸ O interesse de agir deve ser analisado diante do binômio utilidade/necessidade, ou seja, aquele que apresentar necessidade da tutela jurisdicional, pleiteando, através de instrumento adequado, a satisfação de sua pretensão, preenche tal condição legal para ingressar em juízo. (Apelação: 0001322-04.2010.8.26.0132 – 35ª Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo – Relator: Mendes Gomes – Julgamento: 23/01/2012 – Voto: 23.195).

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: texto comparado, Código Civil de 2002 e Código Civil de 1916**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.122.

No art. 502, do Código Civil de 1916, esse resquício de justiça privada já existia; agora tal previsão está expressa no art. 1.210, § 1º, do atual Código Civil de 2002, trata-se, em caso de turbação²⁰, da legítima defesa da pessoa, em que o possuidor²¹ molestado, seja ele direto²² ou indireto²³, pode reagir pessoalmente com suas próprias forças, contra turbador desde que tal reação seja incontinente ou sem demora e se dirija contra ao turbativo e atual, mediante o emprego de meios estritamente necessários para manter-se na posse.

Prevê o legislador, com este dispositivo, duas situações diferentes: a legítima defesa da posse, no caso de turbação e o desforço imediato, no caso de esbulho. Em qualquer das hipóteses, ocorrem aplicações da regra geral

²⁰ Turbação: A turbação, segundo Orlando Gomes, é “todo ato que embaraça o livre exercício da posse, haja ou não dano, tenha ou não o turbador melhor direito sobre a coisa”. Por exemplo, rompimento de cercas, cortes de árvores. O possuidor que sofre embaraço na sua posse sem, contudo perdê-la, poderá propor ação de manutenção de posse, provando a existência da posse e a turbação (Código de Processo Civil, art. 927).

²¹ O possuidor é o que tem o pleno exercício de fato dos poderes constitutivos do domínio ou somente de alguns deles, como no caso dos direitos reais sobre coisa alheia, como o usufruto, a servidão, etc.

²² A posse direta é a do possuidor direto que recebe o bem, em razão de direito real ou de contrato. Por exemplo, no usufruto, o usufrutuário tem o uso e gozo da coisa frutuária, portanto a posse direta porque a detém materialmente, utilizando-a economicamente como faria o proprietário. A posse direta é derivada, porque procede de alguém, exigindo sempre um intermediário. Logo abrange todos os casos em que a posse de um bem passa a outrem em virtude de obrigação ou de direito, tais como: o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, do arrendatário, do comodatário, do depositário, do testamentário, do inventariante, etc. É sempre temporária, por basear-se numa relação transitória de direito pessoal ou real; o possuidor detém materialmente a coisa, e quando molestado pode usar dos interditos possessórios (RT, 321:535), até mesmo contra o possuidor indireto. (569:96, 190:846).

²³ A posse indireta é a do possuidor indireto que cede o uso do bem a outrem. Assim, no usufruto, o nu-proprietário tem a posse indireta, porque concedeu ao usufrutuário o direito de possuir, conservando apenas a nua propriedade, ou seja, a substância da coisa. É, portanto, a de quem temporariamente concedeu a outrem (possuidor direto) o direito de possuir a coisa, enquanto durar a relação jurídica que o levou a isso. Extinta esta, readquire o possuidor indireto a posse direta.

contida no art. 188, I, do Código Civil, (art. 160, I, do Código Civil de 1916), segundo o qual não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito.

No entanto, como dito, uma não se confunde com a outra, devendo ser examinadas separadamente, começando pela legítima defesa da posse, que se iguala com a legítima defesa prevista no direito penal, por existir uma reação disciplinada e organizada.

Maria Helena Diniz explica, com propriedade, sobre a legítima defesa da posse, anotando que:

Em caso de turbação, autorizada está a legítima defesa da posse, em que o possuidor direto ou indireto poderá reagir, pessoalmente, contra o turbador, desde que essa reação seja “incontinente” ou sem demora e se dirija contra ato turbativo real e atual, mediante emprego de meios estritamente necessários para manter-se na posse. Essa autodefesa apenas poderá ser exercida contra o próprio turbador e não contra terceiros. Assim sendo, se assistência do Estado revelar-se tardia ou não puder ser oportunamente invocada, o possuidor poderá reagir para manter-se na posse molestada, evitando excessos, seguindo o princípio do “moderamen inculpatae tutelae”, ou seja, da moderação da legítima defesa (RT, 693:370)²⁴.

De fato, conforme ensinou a ilustre doutrinadora, em primeiro lugar só possuidor do bem móvel ou imóvel, direito ou indireto, tem direito de lançar mão dessa defesa excepcional, excluindo, pois, o mero detentor²⁵, como o preposto. Por outro lado,

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 9. ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 763-764.

²⁵ Considera-se detentor da posse aquele que em razão de uma subordinação em relação a uma outra pessoa, seja esta possuidor direto ou indireto. Nestes casos também se encontram os prepostos, empregados, administradores, administradores de empresa, etc.

não importa que a posse seja justa²⁶ ou injusta²⁷, de boa fé²⁸ ou de má fé²⁹. Em qualquer caso se permite à reação pessoal do possuidor, consistente na resistência contra turbação.

Em segundo lugar, torna-se mister a ocorrência do ato turbativo, real e atual, não se justificando a defesa baseada em simples possibilidade de agressão, problemática e futura.

Em terceiro lugar, finalmente, deve haver proporcionalidade na reação. O possuidor deverá, tão somente, praticar atos estritamente necessários para manter-se na posse. Qualquer excesso será condenável.

Como visto até agora, na legítima defesa da posse o possuidor ainda está em poder do bem, apenas cingindo-se a repulsa da violência contra ele empregada, defendendo, portanto, não apenas a posse que ele detém, mas também sua própria integridade física, porquanto o ofensor poderá o atingir de várias formas para alcançar o propósito de assenhorear-se do bem.

No desforço imediato, a situação é inversa. O ofensor passa a ser o antigo possuidor do bem, no caso, o esbulhado. Aqui não é mais uma mera turbação, por ele já não mais deter a posse em seu poder.

No caso do desforço imediato, o esbulhado defende o bem que não mais se encontra com ele, devendo empregar mais força para retirar a posse do atual detentor da

coisa, mesmo que em detrimento à vida, desde que seguidos seus pressupostos autorizadores.

Desta maneira o esbulhado poderá usar até mesmo de armas para assenhorear-se de seu bem, conforme nos ensina Maria Helena Diniz, que cita jurisprudência:

O possuidor esbulhado poderá restituir-se, por sua própria força, a posse do bem por meio do desforço imediato. Ao exercer esse direito deverá agir pessoalmente, embora possa receber auxílio de amigos ou de serviçais, empregando meios necessários, inclusive armas, para recuperar a posse perdida. Todavia essa reação deverá ser imediata (RJM, 30:147; RJ, 182:120; RT, 595:394)³⁰.

O desforço imediato é mais amplo que a legítima defesa, pois a lei permite que o possuidor ultrapasse o limite da repulsa à violência, até que consiga recuperar a posse que lhe havia sido arrebatada.

Talvez, esclarecendo o dispositivo de uma maneira menos técnica, fosse dizer, em matéria possessória que: “o esbulhado poderá tirar a vida do ofensor, contanto que o faça logo”.

Nota-se que toca ao próprio Estado garantir o direito da posse, mediante utilização de força pública especializada, dentre outros mecanismos de manutenção de paz social. A ninguém interessa o enfrentamento direto, mormente, se ponderadas as consequências que poderiam daí advir.

Ademais, é dever do Estado manter a ordem, de modo que a sua omissão em situações como a que se cuida, além de inconcebível, certamente estaria incentivando a ocorrência de confrontos entre proprietários e invasores.

Mesmo que considerando que a lei determina que deva o esbulhado agir moderadamente, agressão gera agressão, e no calor da batalha o risco à pessoa é iminente, e o risco, por si só, é inconstitucional quando autorizado por lei infraconstitucional. Um bem jurídico tutelado só pode ser colocado em risco

²⁶ A posse será justa se não for: a) violenta, ou seja, adquirida pela força física ou violência moral; b) clandestina, ou melhor, estabelecida as ocultas daquele que tem interesse em conhecê-la; c) precária, isto é, originária do abuso de confiança por parte de quem recebe a coisa, a título provisório, com o dever de restituí-la.

²⁷ Será injusta a posse que se revestir de violência, clandestinidade ou precariedade.

²⁸ Ter-se-á posse de boa-fé se o possuidor estiver convicto de que a coisa, realmente, lhe pertence, ignorando que está prejudicando direito de outra pessoa, por não saber do vício que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito. Presume-se, portanto, possuidor de boa-fé todo aquele que estiver com justo título, ou seja, aquele que tem aparência de título hábil para transferir a posse ou o domínio, todavia, tal presunção é “*juris tantum*”.

²⁹ Se o possuidor, mesmo portador de um título, tiver ciência da ilegalidade do seu direito de posse em virtude de vício de obstáculo impeditivo de sua aquisição, surgirá a má-fé.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 9. Ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 764.

quando o direito paradigma for da mesma espécie ou de maior relevância, ou seja, vida para salvar a vida, patrimônio para salvar patrimônio.

Pode-se tolerar o detrimento do patrimônio para salvar a vida, mas a recíproca não é verdadeira, pois aquele possui menor relevância que este.

Nesse sentido, é possível afirmar que, o patrimônio é direito instrumental acessório à vida, porque aquele serve a este, não este àquele. Por isso o fundamento da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, que tem por base matriz a vida, direito absoluto e indisponível, assessorado pelo princípio da função social da propriedade, que busca uma sociedade fraterna, justa e igualitária.

Em resumo, distinguem-se os institutos da legítima defesa da posse e do desforço imediato da seguinte maneira:

- a. A primeira corresponde à turbação, pois antes da perda da posse, a vítima repele, com força própria, o agressor; admiti-se a legítima defesa.
- b. Na segunda hipótese, o possuidor chega a perder a posse e emprega força própria para recuperá-la logo em seguida. Aqui não se o ato abrupto do antigo possuidor não é qualificado como exercício de legítima defesa, mas sim de desforço imediato que pressupõe esbulho consumado.

Sobre a inconstitucionalidade do instituto do desforço imediato, Ricardo Arone explica, com propriedade que:

Pela axiologia constitucional, o papel de cada norma no sistema jurídico é teleologicamente condicionado e, não raro, redesenhado. Isso ocorre pelo fato das normas esclarecerem reciprocamente na tessitura normativa, sendo alimentadas pelos valores positivados no ordenamento. Por isso compreender uma norma importa em concretizar principiologicamente seu conteúdo.

É, pois, a melhor interpretação dentre muitas possíveis, aquela que mais eficácia traga ao princípio da

fundação social, direito fundamental que angula o ordenamento jurídico trazendo ao bojo valores protetivos da pessoa humana, com vistas a uma sociedade fraterna, justa e igualitária.

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, vetor jurídico-axiológico, principiologicamente recebido, a existencialidade prepondera sobre a patrimonialidade, retomando a dimensão ontológica do homem à quadra central dos mecanismos protetivos do sistema, em detrimento da pertença que migra para a periferia, em papel nitidamente instrumental.

Percebe-se, deste modo, implicitamente no art. 170 e no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal de 1988, a positivação do princípio da função social da posse como via de realização, concretização no dizer de Hesse, do princípio da função social da propriedade.

Independentemente da natureza que ostente a posse controvertida, para que seja reconhecida e tutelada, o sistema jurídico impõe um filtro oxiológico através da função social da posse.

A posse não funcionalizada traduz um direito subjetivo virtualizado, pois ainda que possa derivar pretensão deste, não há tutela a ser concedida pelo Estado, e a autotutela se apresenta vedada³¹.

Mais à frente, Ricardo Arone, em sua nota de rodapé, ressalta que a inconstitucionalidade do desforço imediato, ou “desforço extrajudicial”³², como chamado por alguns autores, foi suscitada no Congresso Nacional pelos Senadores Gabeira e Requião acerca do projeto do Código Civil de 2002:

Cumprе explicitar que, apesar de ser tema passível de controvérsia, inclusive suscitado no Congresso Nacional pelos Senadores Gabeira e Requião, quando das discussões acerca do novo Código Civil,

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 243.

³² LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 4ª. ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 4, p. 58.

entende-se inconstitucional o desforço imediato, pois à luz da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental do ordenamento, não se admite norma infraconstitucional a permitir, ainda que em regime de exceção, o risco à pessoa para a defesa de seu patrimônio. Desforço imediato não se confunde com legítima defesa, onde o bem protegido é a própria integridade. Hoje não se percebe mais o patrimônio como extensão da pessoa. Desta feita compreende-se inconstitucional o § 1º, do art. 1.210, do Código Civil³³.

De fato, conforme apontado na discussão suscitada no Congresso Nacional acerca do projeto do Código Civil de 2002, não pode uma lei infraconstitucional admitir, mesmo que em regime de exceção, risco à pessoa.

Admitir ao possuidor, direito ou indireto, restituir-se, com emprego de suas próprias forças, desde que o faça logo, é colocar à pessoa humana em risco, porquanto não se sabe qual a reação do esbulhador e só o fato de arriscar uma vida em detrimento do patrimônio, pela via infraconstitucional, já torna o instituto inconstitucional.

Ora, o Estado tem meios processuais para restituir o bem do esbulhado, com força, inclusive de liminar, sendo desnecessário autorizá-lo de empregar suas forças para readquirir aquele bem, podendo o Estado, diante do seu poder de polícia, retirar aquele que tem a posse injusta do bem litigioso.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça em oportunidade já fez duras críticas ao desforço imediato, por entender que o instituto autoriza o particular fazer justiça com as próprias mãos, substituindo o Estado.

No passado, mormente diante dos abusos associados à propriedade privada, críticos se voltaram contra o desforço imediato, tanto mais porque se punha na mão de latifundiários, já em si considerados donos do Estado, um poder extrajudicial de vida ou morte sobre uma multidão de destituídos de terra e de dignidade, muitos em estado de completa

miséria e penúria e outros tantos milhares ainda sob o jugo do regime escravocrata. À crítica ao latifúndio, ao individualismo e ao poderio das elites rurais, juntava-se, por natural, a rejeição aos instrumentos de defesa da propriedade imobiliária organizada em torno do mito da sua intocabilidade.

Não foi sem razão, então, que, na sessão de 1º de Julho de 1843, na Câmara, José Thomaz Nabuco de Araújo (o terceiro Senador Nabuco), em um dos seus primeiros Projetos de Lei, propôs a revogação, pura e simples, do § 2º, do Título 58, do Livro 4º, das Ordenações, que permitia ao esbulhado o desforço “in continenti”:

“Eu não posso compreender como na sociedade civil onde há um poder constituído para julgar as contendas entre os cidadãos, se lhes deixa livre o recurso das armas e se legitimam assim as consequências funestas de uma luta que muitas vezes o capricho trava por amor de quatro ou cinco palmos de terreno, e o mais é que a autoridade policial há de respeitar essa guerra civil, há de ser impassível às suas consequências, para não privá-los do tal desforço “incontinenti”. Quanto a mim bastam os interditos possessórios para que o cidadão possa manter a sua posse e evitar a turbação dela” (Joaquim Nabuco, Um Estadista do Império, vol. 1, 5ª edição, Rio de Janeiro, Topbooks, 1997, p. 82).

Vista na sua moldura tradicional, isto é, de defesa por mãos próprias da posse e da propriedade individual, o desforço seria mesmo um “ato de justiça privada”, em que o “justicador substitui-se ao Estado” (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Tomo X, Direito das Coisas: Posse, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas, Bookseller, 2000, p. 317, grifei). Atente-se para o realce que se fazia ao caráter “privado” da medida e ao indivíduo substituindo-se “ao Estado”.

(...)

Acrescente-se, finalmente, que na crítica, mais do que merecida, ao

³³ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 243. (Nota de rodapé).

instituto, no seu perfil privatista, certamente pesou o fato de as Ordenações, no rastro do Direito Romano, fazerem a odiosa distinção entre pessoas de pequena condição, de um lado, e fidalgos e cavalheiros, de outro, para dar a estes maior amplitude no exercício do desforço (cf. Lafayette Rodrigues Pereira, Direito das Causas, adaptado ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva, Rio de Janeiro, Typ. Baptista de Souza, 1922, p. 53)³⁴.

Nesta oportunidade, o Colendo Superior Tribunal de Justiça analisou a possibilidade de o Estado utilizar-se do desforço imediato para expelir o particular que possuísse injustamente o bem público, ocasião em que se pacificou o entendimento no sentido de que este ato discricionário da Administração Pública não é ilícito, pois ela detém o poder de polícia.

AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA. TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO. DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO. ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. DESFORÇO IMEDIATO. ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). CONCEITO

DE POLUIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO.

1. Já não se duvida, sobretudo à luz da Constituição Federal de 1988, que ao Estado a ordem jurídica abona, mais na fórmula de dever do que de direito ou faculdade, a função de implementar a letra e o espírito das determinações legais, inclusive contra si próprio ou interesses imediatos ou pessoais do Administrador. Seria mesmo um despropósito que o ordenamento constrangesse os particulares a cumprir a lei e atribuisse ao servidor a possibilidade, conforme a conveniência ou oportunidade do momento, de por ela zelar ou abandoná-la à própria sorte, de nela se inspirar ou, frontal ou indiretamente, contradizê-la, de buscar realizar as suas finalidades públicas ou ignorá-las em prol de interesses outros.

2. Na sua missão de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como patrono que é da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, incumbe ao Estado “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (Constituição Federal, art. 225, § 1º, III).

3. A criação de Unidades de Conservação não é um fim em si mesmo, vinculada que se encontra a claros objetivos constitucionais e legais de proteção da Natureza. Por isso, em nada resolve, freia ou mitiga a crise da biodiversidade – diretamente associada à insustentável e veloz destruição de *habitat natural* –, se não vier acompanhada do compromisso estatal de, sincera e eficazmente, zelar pela sua integridade físico-

³⁴ (REsp 1071741 / SP - RECURSO ESPECIAL: 2008/0146043-5 - Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN - Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento: 24/03/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 16/12/2010. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo - Recorridos: Fazenda do Estado de São Paulo, Marilda de Fátima Stankievski e Aparecido Silviero Garcia - A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator(a).” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator).

ecológica e providenciar os meios para sua gestão técnica, transparente e democrática. A ser diferente, nada além de um “sistema de áreas protegidas de papel ou de fachada” existirá, espaços de ninguém, onde a omissão das autoridades é compreendida pelos degradadores de plantão como autorização implícita para o desmatamento, a exploração predatória e a ocupação ilícita.

4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura*, e do *favor debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. Precedentes do STJ.

5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, *c/c* o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um *standard* ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.

6. O *dever-poder de controle e fiscalização ambiental* (dever-poder de implementação), além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, provém diretamente do marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais (em especial os arts. 225, 23, VI e VII, e 170, VI) e da legislação, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981, arts. 2º, I e V, e 6º) e

da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente).

7. Nos termos do art. 70, § 1º, da Lei 9.605/1998, são titulares do dever-poder de implementação “os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização”, além de outros a que se confira tal atribuição.

8. Quando a autoridade ambiental “tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua *apuração imediata*, mediante processo administrativo próprio, sob pena de *co-responsabilidade*” (art. 70, § 3º, da Lei 9.605/1998, grifo total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil).

16. Ao acautelar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não se insere entre as aspirações da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado – sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas – substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a cargo do degradador material ou principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e de indenização pelos prejuízos causados.

17. Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da Ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial.

18. Recurso Especial provido. (REsp 1071741 / SP - RECURSO ESPECIAL: 2008/0146043-5 - Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN - Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento: 24/03/2009 - Data da Publicação/Fonte: DJe 16/12/2010. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo - Recorridos:

Fazenda do Estado de São Paulo, Marilda de Fátima Stankievski e Aparecido Silviero Garcia - A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator).

De fato, o instituto do desforço imediato teria melhor aplicabilidade no Direito Administrativo, porquanto milita em favor do Estado o princípio da autoexecutoriedade, que o autoriza a praticar atos, discricionariamente, independentemente de mandado, incumbindo-lhe a proteção do patrimônio público.

Cabe ao prejudicado a proteção possessória, seja através da ação de manutenção de posse, em caso de turbação; da ação de reintegração de posse no esbulho consumado; ou, ainda, do interdito proibitório, na hipótese de justo receio de ser o possuidor direito ou indireto molestado na posse, a fim de impedir a turbação ou esbulho iminente (art. 499 e art. 501, do Código Civil; art. 920 e ss do Código de Processo Civil).

Conclusão

Fazendo uma exegese sistemática com os dispositivos Constitucionais, verifica-se que o parágrafo primeiro do art. 1.210 do Código Civil é inconstitucional, porquanto a Carta Magna é a matriz axiológica de todo ordenamento jurídico e seus fundamentos alicerçam toda ordem dogmática normativa.

Desta forma, é inconcebível desvirtuar o instituto da legítima defesa para admitir que o particular use de suas forças, empregando até mesmo arma, para defender a posse de um bem patrimonial móvel ou imóvel já perdido, para restituir-se novamente no bem, objeto do esbulho.

Conforme demonstrado, a legítima defesa da posse, na turbação, não é inconstitucional, porquanto a vítima ainda está na posse, estando a proteger o seu bem, sua integridade física e de seus familiares,

enquanto que no desforço imediato o bem é retirado a força daquele que o esbulhou, colocando em risco à pessoa que está na posse do bem.

Desta forma, aquele que tem a posse turbada sofre o ataque de um terceiro, precisando defender-se, enquanto que aquele que sofre o esbulho deve atacar a pessoa do esbulhado, a fim de obter a posse do bem novamente.

Considerando que a existencialidade é mais importante que o patrimônio, o risco contra a pessoa, já se mostra inconstitucional, se autorizado pela norma infraconstitucional.

A legítima defesa só se faz legal, quando se coloca um bem jurídico em risco em detrimento de outro, que seja de mesma espécie ou de maior importância.

Assim, a vida, bem jurídico indisponível, só pode ser colocada em risco quando o bem jurídico tutelado é a vida, mas não pode ser colocada em risco quando é outro bem é disponível, mesmo que este seja também consagrado constitucionalmente ou que seus efeitos decorram de outros positivados na Lei Maior.

O Estado tomou para si o poder da proteção jurisdicional, podendo fazer uso de seu poder de polícia para recuperar o bem quando provocado pela parte, até mesmo por medida liminar.

Nesse sentido, autotutela para recuperação de um bem móvel ou imóvel já perdido pode colocar em risco a vida humana, mesmo quando usado dos meios necessários, na medida que a força a ser empregada é imprevisível, podendo chegar a um descompasso no momento da batalha.

Além disso, os dias atuais o patrimônio não é mais uma extensão da pessoa, não se podendo, nem mesmo em regime de exceção, ante o princípio da dignidade da pessoa humana trazer risco à pessoa à satisfação de um interesse patrimonial.

Portanto, verifica-se que o desforço imediato, descrito no art. 1.210, parágrafo primeiro, do Código Civil é inconstitucional.

REFERÊNCIAS

- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GARBI, Carlos Alberto. **Relação Jurídica de Direito Real e Usufruto**. São Paulo: Método, 2008.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20ª ed. São Paulo: Forense, 2011.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 4ª. ed. rev. atua. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 4, 2011.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias**. - 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MORAIS, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. Atlas: São Paulo, 2000.
- NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Cvil Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PELUSO, Cezar (org.). **Código Civil Comentada: doutrina e jurisprudência**. 5ª. ed. rev. e atual: Barueri-SP: Saraiva, 2011.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003
- SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50ª ed. São Paulo: Forense, v. 1, 2009.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: texto comparado, Código Civil de 2002 e Código Civil de 1916**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RESUMO

Independência do poder judiciário e suas garantias de “poder”. Relação de tensão entre os “poderes”. Os “inimigos do poder judiciário”

Palavras-chave: Poder Judiciário. Independência. Leis. Doutrina. Estado. Constituição. Governo.

ABSTRACT

Independence of the judiciary power and its guarantees of “power”. Relation of tension between the “powers”. The “enemies of the judiciary”.

Keywords: Judiciary Power. Independence. Laws. Doctrine. State. Constitution. Government.

*Juiz de Direito. Professor do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU; Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura; Mestre em Direito do Consumidor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; e Doutorando em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Introdução

A independência do Poder Judiciário tornou-se assunto da ordem do dia, objeto de debates, discussões, seminários, artigos, projetos de lei, da doutrina.

Isso porque, conforme se verá, não existe Poder Judiciário dependente. Poder Judiciário dependente apresenta-se apenas como arremedo de Poder Judiciário, apenas como estrutura de Poder sem Poder.

Constataremos que para existir a adequada aplicação e efetivação da jurisdição, elemento necessário (mas não suficiente) é a independência do Poder Judiciário.

1. Separação de Poderes e Independência

Aqui serão analisadas as noções de independência, poder e sua divisão.

O dicionário de português Aurélio¹ nos apresenta o seguinte significado da palavra independência:

sf (in+dependência) 1. Estado ou condição de quem ou do que é independente, de quem ou do que tem liberdade ou autonomia: A independência da mulher data do início deste século; O jornal proclama a sua independência; Existe perfeita independência entre os fenômenos consecutivos. 2. Bem-estar; fortuna: O imigrante fez sua independência trabalhando de sol a sol. 3. Caráter de quem rejeita qualquer sujeição: a independência da juventude. 4. Autonomia política: A ONU garante a independência da maioria dos Estados africanos. 5. Restituição ou aquisição dessa autonomia: As lutas pela independência dos países americanos deram-se no primeiro quartel do séc. XIX; D. Pedro I compôs o Hino da Independência.

A independência do Poder Judiciário representa um princípio fundamental do Direito Constitucional (art. 2º do Título I – Dos Princípios Fundamentais). Interessante

observar que no texto original da Constituição de 1988 não havia a expressão “independentes e harmônicos entre si”. Isso porque, na época, tudo se encaminhava para um sistema parlamentarista. Contudo, a opção pelo sistema presidencialista prevaleceu, sendo então a referida expressão foi inserida posteriormente, a qual representa de melhor forma o sistema presidencialista.

Tamanho a importância que a Constituição deu à independência que a caracterizou como cláusula pétreia (art. 60, §4º, III, da CF), vale dizer, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a aboli-la.

Em relação ao poder, lembre-se que é expressão com duplo sentido: função e órgão. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes. A separação dos poderes estatais é na verdade distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado.

Fundamenta-se em dois elementos: especialização funcional e independência orgânica.

A finalidade da divisão é o controle recíproco e dos direitos fundamentais, estabelecendo-se um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Está na antiguidade a ideia de que, na organização política, deve haver uma divisão do poder, a fim de prevenir ou dificultar o abuso. Trata-se de instrumento de limitação do poder. Essa divisão visa a estabelecer um equilíbrio de forças, bem como tem por objetivo estabelecer um contrapoder, que bloquee ações inconvenientes ou abusivas.

A essência dessa teoria da separação dos poderes relevou-se como um dos principais paradigmas do Estado Constitucional de Direito, cuja finalidade máxima está em limitar o Poder Pelo próprio Poder. - **A limitação do poder pela sua divisão (“separação”)**. Nesse sentido, a Constituição é necessariamente uma organização limitativa do poder e tal limitação há de ter em mira a salvaguarda dos direitos fundamentais.

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5ª ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 1147.

Para CANOTILHO², o Princípio da separação pode ser assim entendido:

a) Separação como divisão, controle e limite do poder – dimensão negativa;

b) separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva)

Como racionalização, estabilização e delimitação do poder estatal, a separação dos poderes é um **princípio organizatório fundamental da Constituição**. A delegação indiscriminada de competências constituiria uma porta aberta para a dissolução da ordenação democrática das funções. Através da criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controle recíproco do poder e uma organização jurídica de limites do poder.

O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que legislador, o governo ou o juiz fazem são atos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas **se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima. A sobreposição de linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se falar de rupturas de divisão de poderes ou de tensão entre os poderes**. Essas rupturas ou desvios do princípio da divisão de poderes são legítimos se e na medida em que não interfiram com o **núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes (núcleo essencial de funções)**, conforme entendimento de Canotilho³.

Em um de seus primeiros estágios, no Estado de Direito de legalidade, o princípio da separação dos poderes serviu para garantir o primado da lei e, assim, o monismo do poder centrado no Legislativo, o que gerou certa tensão entre os poderes. Não há, nesta concepção, qualquer pretensão de equilíbrio de poderes. Inversamente, a limitação do poder em nome das garantias fundamentais pretendeu assegurar o pluralismo de centros de poder, pelo qual uns serviam de controle aos

demais. O poder necessitava ser limitado. E isso constitui o núcleo imutável da separação dos poderes.

O conceito de separação de poderes sofreu modificações ao longo do tempo. De uma independência absoluta, com funções absolutamente pré-definidas, ao modelo que hoje se quer, preconizada pelo neoconstitucionalismo, alcançando o conceito de que o poder judiciário também é governo. Sua definição não pode ser encontrada na afirmação de que não estabelece regras erga omnes, de que não é “co-legislador”, para reconhecer de imediato que igualmente não lhe resta às vezes outro recurso do que sê-lo, como demonstra nossa realidade, conforme ensina Zaffaroni⁴.

O mesmo autor afirma que a ideia do poder da maioria sem controle judicial de constitucionalidade é própria da Revolução Francesa. O art. 16 da Declaração de 1789 estatui que nenhuma sociedade terá Constituição enquanto não assegure a garantia dos direitos e da separação de poderes. Baseados nisso, os revolucionários franceses afirmavam que o judiciário não podia declarar inconstitucionalidade das leis, porque seria uma intromissão do judiciário no legislativo. Esta opção não só rechaçava qualquer controle judicial sobre o legislativo, mas também criava um controle legislativo sobre o judiciário.

Por seu turno, o Professor André Ramos Tavares⁵ afirma que se o tribunal [constitucional] puder definir livremente a própria cláusula da separação de poderes, por se tratar de mais uma cláusula da Constituição, então a sua interferência em setores que seriam tradicionalmente pertencentes ao espaço parlamentar restaria fundamentada pela justificação inicial em manipular referida cláusula.

Cappelletti⁶ leciona que a Revolução francesa havia proclamado o ideal da rígida separação dos poderes, ideal cuja profunda diferença, em relação à doutrina americana de

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 250.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 251.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1995, p. 53 e ss.

⁵ TAVARES, André Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133 e ss.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris Editor, 1993, p. 43 e ss.

checks and balances, nunca se poderá sublinhar suficientemente.

Segundo o autor vicissitudes dramáticas da Europa continental nos últimos dois séculos, durante os quais o ideal propugnado pelos espíritos amantes da liberdade civil foi, com pertinácia digna da melhor causa, o ideal da demasiado rígida “séparation des pouvoirs”, ao invés de recíprocos controles e contrapesos. Como se viu, o ideal da estrita separação de poderes teve com consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados. Esse ideal significou, assim, até época relativamente recente e mesmo hoje, em não poucos países, não só a existência de um legislativo totalmente não controlado, como de um executivo também praticamente não controlado, pelo menos até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça administrativa, a se impor como guardião da administração pública. De outro lado, também nas relações entre o legislativo e o executivo esse ideal de rígida separação, mais do que de contrapesos equilibrados, significou praticamente a passagem, permanentemente perigosa, de períodos em que efetivamente o poder era concentrado nas assembleias legislativas e grupos políticos que as dominavam..., para outros períodos em que, ao contrário, a concentração do poder deu-se no executivo. Países continentais estão partindo do sistema de rígida separação para o sistema de controles recíprocos (checks and balances).

O crescimento do Poder Judiciário é ingrediente necessário do equilíbrio dos poderes.

A doutrina da separação de poderes serve atualmente como uma técnica de arranjo da estrutura política do Estado, implicando a distribuição por diversos órgãos de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano. E é na Constituição que se encontra o grau de interdependência e colaboração entre os diferentes órgãos existentes e as suas respectivas atribuições. Tem-se uma teoria da separação de poderes como uma específica teoria acerca do arranjo institucional desenhado em cada Estado pela respectiva constituição.

A realidade já se incumbiu de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, especialmente numa distribuição rígida tripartite. Existem novas doutrinas da divisão: função de controle, função de segurança pública. (ex. Loewenstein⁷).

De fato, hodiernamente, não existe rígida separação orgânica (jud administra etc).

De fato, hoje o princípio não configura mais a rigidez de outrora, devido à ampliação das atividades do Estado. Atualmente se prefere falar em **independência orgânica e harmonia dos poderes** (presidencialismo) ou **colaboração de poderes** (parlamentarismo), conforme entende José Afonso da Silva⁸.

Por outro lado, Nuno Piçarra⁹ faz estudo sobre a falência da ideia de tripartição rígida de poderes e sua substituição por uma teoria geral das funções estatais.

Karl Loewenstein¹⁰ qualifica a separação de poderes como obsoleta. Distingue ele a função de “determinação política”, a de “execução política” e a de “controle político”.

De toda sorte, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder.

Na atualidade, trata-se de **cláusula constitucional complexa**, cujo conteúdo exato depende da positivação constitucional promovida em cada Estado analisado, dando-se a distribuição das funções de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, em vista da manutenção dos direitos fundamentais.

O princípio da separação e a independência possuem a uma função de **garantia da constituição**, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os vários

⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. 2. ed. Univ. of Chicago Press, 1965, p. 34.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ªed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109.

⁹ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 264.

¹⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. 2. ed. Univ. of Chicago Press, 1965, p. 34.

órgãos transformam-se em relevantes fatores de observância da constituição.

Um Judiciário compatível com um Estado socioambiental e democrático de direito tem que ser autônomo eficiente, independente e imparcial, para que possa cumprir adequadamente seu mister de promover a jurisdição e assegurar a aplicação da Constituição, bem como garantir a ordem na estrutura governamental, sem prejuízo de assegurar a regra constitucional de limitação dos poderes dos órgãos de soberania. Para Zaffaroni¹¹ que “A chave de poder do judiciário se acha no conceito de independência”. E a independência é resguardada pelas garantias. Para isso o Judiciário tem que ser forte, autônomo e independente.

Conforme já visto, a Constituição Federal estabelece que os Poderes são Independentes e Harmônicos entre si.

Entende-se por **Harmonia**, o respeito às prerrogativas e faculdades a que os poderes têm direito. Existem interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário, à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e dos governados. Deve haver entre os poderes colaboração e controle recíproco para evitar distorções e desmandos. A desarmonia se dá quando se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro.

Quanto à **Independência**, podem-se depreender três características: a) a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos não depende da confiança nem da vontade dos outros; b) no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) na organização de seus serviços, cada um é livre; d) não é possível a delegação de atribuições de um Poder (órgão) a outro. Eventuais exceções somente podem vir à luz por expressa disposição constitucional, como no exemplo das leis delegadas (art. 68 da CF).

O reconhecimento formal da independência dos juízes como condição necessária para a democracia e a paz foi feito pela Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução 1994/41.

A independência é fator de tamanha importância e imprescindibilidade que autores do porte de Bandrés¹² defende que a independência judicial constitui direito fundamental dos cidadãos, inclusive o direito à tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um Tribunal independente e imparcial. Segundo Story, citado por Pedro Lessa¹³, um dos predicados do juiz é a independência.

Conforme Carl Schmitt¹⁴, a independência judicial não é outra coisa que “a condição ou característica imprescindível no exercício de uma das funções da soberania”, ou que “a força dos tribunais tem sido em todos os tempos a maior garantia que se pode oferecer à independência individual”, e que não é em vão que o fortalecimento do judiciário tem sido uma das exigências do constitucionalismo liberal em sua luta para limitar o poder.

No exercício da independência entre os poderes, elemento primordial e indispensável é a lealdade constitucional. A lealdade institucional compreende **vertente positiva** (cooperação) e **negativa** (respeito e renúncia da guerrilha institucional).

Essa ordenação funcional separada deve também ser entendida como uma **ordenação controlante-cooperante** de funções.

Independência tem um caráter externo (entes estranhos ao PJ) e interno (perante os entes pertencentes ao PJ).

As relações de tensão entre os Poderes podem surgir da ingerência nas funções estatais umas nas outras e enfraquecimento de determinada função estatal.

¹² BANDRÉS, José Manuel. **Poder judicial y constitución**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1987, p. 48.

¹³ LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 30.

¹⁴ SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. 2ª ed. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Prólogo: Pedro de Veja. Madrid: Tecnos, 1998. Tradução de: Der Hüter der Verfassung, 1931. (Semilla y Surco, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política), p. 17.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1995, p. 87.

Existem no Brasil muitos exemplos de tensão entre poderes ante a possível discussão da interferência do núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes, entre eles: a utilização fora das hipóteses constitucionais das Medidas Provisórias; a Súmula 11 STF que trata do uso das algemas; o reconhecimento da união homoafetiva.

2. Direitos X Garantias

O objetivo da Constituição, ao estabelecer funções, imunidades e garantias aos detentores das funções, é a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da separação de poderes, legitimando o tratamento diferenciado a seus membros, face o princípio da igualdade. Procura-se evitar regimes ditatoriais e garantir independência e liberdade à função criativa do Judiciário, na efetividade dos direitos fundamentais.

Não há dúvida da interligação entre a defesa da independência dos poderes e dos direitos fundamentais para a existência de um Estado democrático de direito. Há uma indisponível imbricação entre a tríplice garantia e a separação de Poderes. As garantias conferem suporte à separação dos Poderes (clausula pétrea), tendo o condão de petrificar essas previsões constitucionais.

Assim, o legislador constituinte previu diversas garantias e imunidades para os exercentes de funções estatais relacionadas com a defesa dos direitos fundamentais e gerencia dos negócios do Estado. Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com controles recíprocos, necessitam de certas garantias e prerrogativas constitucionais, devendo ser invioláveis e imposteráveis.

As garantias da magistratura são desdobramentos ou especificações da independência da magistratura. Assim, a separação de poderes remete a um conjunto de garantias da Magistratura.

As garantias procuram afastar o magistrado das intempéries políticas, criando-lhe segurança para o exercício de sua função de julgar com isenção. Fica o juiz com liberdade para bem cumprir e fazer cumprir o Direito, independentemente de quem venha a ser compelido por suas decisões.

Para Castro Nunes¹⁵ a enumeração das hipóteses é que constitui propriamente a garantia.

Seu fundamento está na necessária independência que deve se formar entre os Poderes.

No que tange à importância da defesa das garantias ao Poder Judiciário, faz-se necessária na medida em que o Judiciário ocupa papel primordial diante da declaração de Direitos Fundamentais. É guardião da Constituição e dos Direitos Fundamentais. É o mais comprometido com a defesa da constituição. Pedro Lessa¹⁶ nos lembra que “nos Estados Unidos da América do Norte, e nos países que lhes têm imitado as instituições, o poder judiciário é igual, ou, para ser bem preciso, superior aos outros dois poderes e citando Willoughby: É o mais poderoso dos freios no garantir as relações regulares entre o poder federal e os poderes do Estado, e ainda entre os próprios ramos do poder federal, tem sido inquestionavelmente a Corte Suprema. No mecanismo da república o seu papel tem sido o de roda mestra. A constituição, no exercício da sua supremacia a respeito de todos esses poderes, e todos lhes põs limites, e o instrumento para efetuar essa limitação tem sido a Corte Suprema, como interprete do direito constitucional. A força dos tribunais tem sido, em todos os tempos, a maior garantia que se pode oferecer às liberdades individuais. Pedro Lessa¹⁷ lecionava ser importante garantir o poder judiciário, defendendo-o da pressão, das usurpações e da influência dos outros poderes políticos. Para isso é mister organizar de tal modo a magistratura, que, em vez de ficar dependente do poder executivo, constitua ela um freio a esse poder.

Muitos dirão que o Judiciário é o menos legítimo dos Poderes, pelo fato de seus membros não serem eleitos por voto popular. Pedro Lessa¹⁸ dá a resposta adequada: “Nunca

¹⁵ NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 91 e ss.

¹⁶ LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 3.

¹⁷ LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 30.

¹⁸ LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 4.

se exigiu em direito público a eleição direta, ou imediata, pelo povo para a constituição de todos os poderes do Estado. Hereditário, como na Alemanha, ou eleito pelas duas câmaras, como na França, o chefe do poder executivo é indubitavelmente o representante desse poder político nas duas nações”. Ademais, é justamente o contrário, por não estar sujeito ao sabor de manipulações do povo, por não depender de inflexões econômicas, por serem seus membros investidos sem concessões, é que podem, se preservadas as garantias, proferir as decisões mais consentâneas e adequadas às necessidades, anseios garantidos pelo Direito. Assim, nada autoriza que se qualifique de “aristocrática” qualquer função que seja desempenhada por uma pessoa não eleita popularmente. Ninguém diria que são “aristocráticos” os diretores de hospitais, porque são selecionados por concurso público, conforme exemplo dado por Zaffaroni¹⁹. Aliás, existe a designação política em relação a certos poderes do estado, que não são eleitos por voto direto, como o presidente do senado, e não há até hoje nenhuma voz a defender que se trata de cargo antidemocrático. Portanto, a eleição é elemento essencial do poder legislativo e executivo, mas é inadequado à formação do judiciário.

Assim, cabe ao Judiciário zelar pela integridade e eficácia desses direitos, devendo-se dar a ele todas as condições para não se esmorecer ou intimidar diante de qualquer forma de pressão. As garantias visam a obter um Judiciário que possa atender efetivamente aos direitos da sociedade, livre de qualquer fator interno ou externo. As garantias voltam-se para a eficácia e efetividade dos direitos, vale dizer, ao contrário do que por vezes permeia o imaginário coletivo, as garantias não se voltam, se visam a beneficiar àquele que exerce o poder, mas sim, trata-se de prerrogativa criada única e exclusivamente para a defesa das pessoas, dos direitos individuais e coletivos, para a defesa da sociedade e do Estado, considera-se este garantidor da estabilidade e qualidade social.

Lembre-se que àquele e quem incumbe a função de zelar pelos Direitos Fundamentais

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1995, p. 44-45.

corriqueiramente enfrenta vontades opostas, de graus e intensidades das mais variadas, dos detentores de mecanismos de pressão e intimidação, muitas vezes perigosos, inescrupulosos, truculentos e outras vezes agindo de forma subliminar, sub-reptícia, velada, indireta, não só para a pessoa do magistrado como também para toda a sociedade.

A posição detida pelo Judiciário, no cenário dos direitos, torna-o constante alvo do engenho daqueles que desprezam esses direitos e querem se beneficiar à margem da lei. É por isso que o Judiciário deve ser forte, revestido das garantias e suficiente e adequadamente protegido.

Não há efetividade de direitos fundamentais ou não sem um judiciário ativo, vigoroso, livre de influências inidôneas. E as garantias do judiciário tem essa finalidade, mantendo-o forte e íntegro.

A retirada ou mitigação de qualquer das garantias fragiliza não somente o magistrado como pessoa, mas a Magistratura, como instituição, que passa a correr o risco de ver seus integrantes sofrerem uma severa degradação e indevidas formas de manipulação de resultados. Reduzir, limitar, mitigar ou suprimir essas garantias importa ato que repercute diretamente na própria atividade jurisdicional, comprometendo a adequação das decisões jurisdicionais, sendo elas produzidas não pode livre e puro exercício da atividade jurisdicional, mas para fins, de forma alheia à consagração da devida aplicação do Direito, de atender aos interesses dos detentores dos mecanismos de intimidação e pressão.

Assim, a magistratura deve ser independente para que possa decidir com isenção, serenidade e imparcialidade, livre de qualquer forma de violência, ameaça ou constrangimento, sejam de quais espécies forem, material, moral ou psicológico.

Essas garantias atribuídas aos magistrados foram resultado da engenharia constitucional dos Poderes e de sua divisão, meio encontrado para fazer vale-las diante da extrema dificuldade de sua consagração, pois existem poderosas forças em sentido contrário.

De fato, a utilização da legislação pode ser utilizada para atingir as garantias da magistratura, afetando a independência do

judiciário. Como autoproteção, o próprio Judiciário poderá garantir sua posição constitucional, por meio do controle judicial destes atos, havendo possibilidade de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos que desrespeitem o livre exercício desse Poder, conforme entendimento de Carl Schmitt²⁰.

3. Garantias

As garantias têm por objetivo assegurar a independência do Poder Judiciário.

Alexander Hamilton, citado por Alexandre de Moraes²¹ no Direito Constitucional (28ª ed.), já preconizava que os juízes necessitam de garantias mais fortes e duradouras que o Presidente.

Toda tentativa de supressão redução ou mesmo a ausência das garantias configuram obstáculos inconstitucionais ao Poder Judiciário, permitindo que sofra pressões e dificultando o controle dos atos políticos do próprio Estado que causem lesões aos direitos fundamentais.

Assim, dentro de um Estado Democrático de Direito não somente os direitos fundamentais, mas também os atos políticos do governo estão dentro da esfera de vigiabilidade do PJ, desde que causem prejuízo a direitos e garantias individuais ou coletivos. Daí a importância das garantias do Poder Judiciário.

O imaginário popular é permeado de falsas noções e conceitos, os quais precisam ser devidamente esclarecidos, para que não sejam utilizados, por aqueles que tem interesse no enfraquecimento do Judiciário para poderem fazer prevalecer seus interesses escusos, como argumento para supressão de direitos fundamentais do próprio povo e este, baseado nesses falsos argumentos, acabe apoiando, sem saber, a supressão de seus próprios direitos. Nesse ponto é importante reafirmar que as garantias **não representam privilégio pessoal, mas relacionam-se com a**

função exercida. A magistratura exerce suas funções no interesse da Justiça e de toda nação e as garantias tem fundamento na soberania do povo. Todo avanço contra a independência e em consequência contra as garantias do Poder Judiciário importa em um avanço contra a Constituição Federal e contra a nação e o povo. De fato, as garantias vão muito além do conforto ou conveniência dos juízes, mas em primeiro lugar são do interesse dos que irão se beneficiar com elas, vale dizer, a sociedade.

As garantias do Poder Judiciário, por propiciarem a independência das decisões e impedir influencias do poder econômico ou político é constantemente colocada a prova, como por exemplo no caso de Roosevelt no New Deal.

No Brasil, não é diferente. Interessante o seguinte relato histórico, colocado por Castro Nunes²²:

A Comissão dos Vinte-e-um não emendou o projeto, antes rejeitou todas as emendas, nas quais predominava aliás o pensamento não de aumentar mas de reduzir a extensão das garantias da vitaliciedade e da irredutibilidade do estipêndio. Assim é que a do sr. GABINO BESOURO era no sentido da supressão da garantia da irredutibilidade, pela supressão proposta do §1º do art. 56 do dec. n. 510; a do sr. ANFILÓFIO, que acrescentava à hipótese da perda do cargo a de *suspensão*. No plenário foram renovadas essas e outras emendas, documentando a mesma hostilidade, sobretudo ao princípio da irredutibilidade do estipêndio. Somente uma delas se aludiu à *inamovibilidade*. Assim é que o sr. TAVARES BASTOS queria a vitaliciedade, mas não impedia a redução dos vencimentos; o sr. ANFILÓFIO renovou a sua emenda sobre a *suspensão e perda do cargo*; o sr. CASIMIRO JÚNIOR mantinha a vitaliciedade, sem proibir a redução dos vencimentos; o sr. PINHEIRO GUEDES expressava a vitaliciedade e a

²⁰ SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. 2ª ed. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Prólogo: Pedro de Veja. Madrid: Tecnos, 1998. Tradução de: Der Hüter der Verfassung, 1931. (Semilla y Surco, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política), p. 50.

²¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 525.

²² NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 96-97.

inamovibilidade, mas não a irredutibilidade.

Na reforma de 1926 ficou o texto ainda sem a retificação que só em 1934 viria a ser feita [...] Na Constituição de 34 a tríplice garantia – vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade do estipêndio – ficou expressa como prerrogativa inerente à função judicial na órbita federal como na local (arts. 64 e 104)

3.1. Espécies de Garantias

As garantias podem ser divididas em:

- **Institucionais ou orgânicas:** protegem o Poder Judiciário como instituição. Pode ser: a) garantias de autonomia orgânico-administrativa (art. 96 da CF); b) garantias de autonomia financeira (art. 99 da CF).

- **Funcionais ou de órgãos:** visam a assegurar a independência dos membros do judiciário (art. 95, I-III - vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) e a imparcialidade dos órgãos do Poder Judiciário (art.95, parágrafo único I-V - vedações).

Tamanho a importância dada às garantias, que a Constituição Federal estabeleceu que é crime de responsabilidade do Presidente atentar contra o exercício do Poder Judiciário (art. 85).

3.1.1. Garantias institucionais ou orgânicas

3.1.1.1 Garantias de autonomia orgânico-administrativa

Referem-se aos órgãos judiciários em sua estruturação, funcionamento, composição e aparelhamento.

Para cumprimento dessa garantia atribuiu-se ao Judiciário a competência para: a) eleger seus órgãos diretivos, sem qualquer interferência ou ingerência dos outros Poderes; b) elaborar seu regimento interno; c) organizar sua estrutura administrativa interna.

3.1.1.2. Garantias de autonomia financeira

Para resguardo dessa garantia, cabe ao próprio Judiciário elaborar sua proposta orçamentária dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

Nesse espírito de fortalecimento da autonomia financeira do Judiciário, houve na Reforma do Judiciário dispositivo no qual se fixou que as custas emolumentos serão

destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça (art. 98, §2º).

3. 2. Garantias Funcionais ou de órgãos

São as garantias subjetivas ou funcionais. Referem-se à autonomia da função. Constituem para seus titulares direitos subjetivos.

3.2.1 Garantias de independência dos órgãos judiciários

3.2.1.1 Vitaliciedade (art. 95, I)

Segundo essa garantia, a perda do cargo (uma vez vitaliciado) somente pode se dar por decisão judicial transitada em julgado, sendo-lhe asseguradas todas as garantias do processo judicial, como a ampla defesa e o contraditório. Assim, a demissão só pode ocorrer mediante processo judicial transitado em julgado, criminal ou civil por improbidade administrativa.

Para Castro Nunes²³, “a vitaliciedade se define pelo direito de ser mantido no cargo, salvo condenação em processo judicial, o que supõe a prática de um ato definido no Código Penal como *crime*, processo e julgamento *judiciários*.”

Diferencia-se da mera estabilidade já que nesta prescinde-se da apuração *judicial* do ato imputado ao funcionário, o qual poderá não constituir *crime*, senão mera *falta funcional* que autorize a demissão, conforme ensinamento de Castro Nunes²⁴. No caso de estabilidade, poderá haver a perda do cargo por processo judicial, processo administrativo, nesta incluída a hipótese de avaliação periódica de desempenho.

Importante observar que vitaliciedade não é perpetuidade, pois, conforme visto, é possível a perda do cargo e segundo Castro Nunes²⁵, “a *perda do cargo* deve ser entendida como *afastamento*, a título definitivo, *da função*, de vez que entre as hipóteses enumeradas se inclui a da aposentadoria, em que o titular conserva um dos predicamentos

²³ NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 97.

²⁴ NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 98.

²⁵ NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 98.

do cargo, o estípcndio, e bem assim o título ou graduação”.

A vitaliciedade é adquirida, no primeiro grau de jurisdição, após dois anos de exercício no cargo. No segundo grau, quando há nomeação pelo quinto constitucional, com a posse.

No que tange ao CNJ, considerando que se trata de ato administrativo, e a perda do cargo somente pode ser dar por sentença judicial transitada em julgado, tem-se que não pode o CNJ rever vitaliciamento de magistrado.

Isso porque a vitaliciedade permite certa liberdade de preocupações sobre a aprovação pública, permitindo atuação mais técnica e justa.

Pedro Lessa²⁶ defende que tão essencial é a vitaliciedade ao poder judiciário, como ao poder legislativo a temporariedade. A vitaliciedade representa condição necessária de independência dos juizes, é um dogma do direito constitucional.

Motivo de preocupação é a PEC 505/2010 que acaba com a vitaliciedade dos juizes.

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados incluiu na pauta da sessão do dia 5/12/2012, para deliberação final, a Proposta dessa Emenda Constitucional 505/2010, de autoria da senadora Ideli Salvatti (PT-SC), que dá nova redação aos artigos 93 e 95 da Constituição. A finalidade da PEC é permitir a demissão (perda do cargo) de julgador quando ficar provado, em processo administrativo, “procedimento incompatível com o decoro de suas funções”. A proposta já foi aprovada pelo plenário do Senado, noticiou o site de notícias Jornal do Brasil.

Atualmente, conforme o artigo 95 da Carta de 1988, a garantia da vitaliciedade dos juizes e desembargadores só pode ser quebrada em consequência de “sentença judicial transitada em julgado”, embora eles possam ser punidos, ao fim de processo administrativo, com a pena máxima de aposentadoria compulsória, mas com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço — Lei Orgânica da Magistratura.

²⁶ LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 29.

A PEC 505/2010 dispõe que “o juiz vitalício perderá o cargo por decisão do tribunal a que estiver vinculado, tomada pelo voto de dois terços de seus membros, nos casos (...) de procedimento incompatível com o decoro de suas funções”.

O parecer da relatora da proposta na CCJ da Câmara dos Deputados, Sandra Rosado (PSB-RN), é pela sua admissibilidade. Quando foi aprovada pelo Senado, em 2010, a PEC (então 89/2003), as entidades dos julgados, dos procuradores — que seriam nela também incluídos — e até o CNJ expediram notas técnicas contra a proposta.

A PEC é nitidamente feita e defendida pelos inimigos da magistratura, que desejam ver um judiciário fraco, inoperante, covarde, desqualificado a dar decisões contra seus interesses escusos.

Claro está que a PEC acaba com a vitaliciedade, pois permite a perda do cargo por processo administrativo, além de introduzir motivo subjetivo, vago, indeterminado para a demissão (“procedimento incompatível com o decoro de suas funções”), constituindo em verdadeira cláusula aberta.

3.2.1.2 Irredutibilidade de Subsídio (art. 95, III)

Por essa garantia, o subsídio do magistrado não poderá ser reduzido.

De fato, há mais de duzentos anos, asseverava Alexander Hamilton²⁷ que “o poder sobre a subsistência do ser humano implica domínio sobre a sua vontade” (trad. livre – no original, “a power over a man's subsistence amounts to a power over his will” – The Federalist).

Pedro Lessa²⁸ defende que nenhuma eficácia teria a vitaliciedade, se os vencimentos dos juizes pudessem de qualquer modo ser diminuídos.

Dessa forma, garante-se o livre exercício das atribuições jurisdicionais.

²⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John (seleção e edição por Roy P. Fairfield). **The federalist papers**. 2ª ed. Baltimore-London: The Johns Hopkins University Press, 1981, p. 79.

²⁸ LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 30.

Importante discussão é se a irredutibilidade é jurídica ou real. O STF entende que trata-se de irredutibilidade jurídica, vale dizer, trata-se de garantia nominal, e não real, e nesse sentido, os magistrados não estaria livres da corrosão da moeda pela inflação.

Contudo, andou mal a Suprema Corte, a qual deveria defender as garantias constitucionais, justamente por se tratar de guardiã da Constituição.

De fato, se a Constituição estabelece a irredutibilidade como uma garantia da fixidez dos vencimentos da magistratura, será esse o princípio dominante que há de guiar o intérprete. Qualquer redução fraudulenta, direta, indireta, transversa, camuflada estará excluída do razoável entendimento do texto. A falta de reajuste teria realizado o que a garantia visa a evitar, inutilizando a garantia. O que esta tem em vista é a independência da função e é por esse objetivo que se terá de medir o seu alcance. Ora, se temos inflação, perda do poder aquisitivo da moeda, é claro e óbvio que a falta de reajuste representa ofensa à garantia, pois se trata de redução indireta e transversa. Basta imaginar época em que a inflação chegava a 80% por mês.

3.2.1.3. *Inamovibilidade* (art. 95, II)

Por essa garantia, não é possível a remoção do magistrado, de um local para outro, uma comarca para outro, bem como de sede, cargo, tribunal, câmara ou grau de jurisdição. Somente é possível a pedido ou por interesse público, nesta hipótese, fundamentando-se a decisão por voto da maioria absoluta do tribunal ou CNJ, assegurada a ampla defesa (art. 93, VIII).

Carl Schmitt²⁹ a defende a inamovibilidade para que os magistrados não sejam expostos a uma prova de resistência política.

3.2.2. Garantias de Imparcialidade ou independência dos órgãos judiciários (art. 95, parágrafo único)

São vedações impostas aos magistrados a fim de garantir sua imparcialidade.

As hipóteses constitucionais são taxativas, pois restringem direitos, não cabendo interpretação extensiva.

Aos juízes é vedado exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer pretexto, custas ou participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

4. Inimigos do Poder Judiciário

A questão relativa aos inimigos do Poder Judiciário ganha relevo na medida em que comprometem o bom funcionamento da jurisdição, enfraquecem a atividade, a função, mitigam a independência e retiram prerrogativas que visam à garantia do próprio povo no acesso à ordem jurídica justa e eficaz.

Como visto, para que o Poder Judiciário possa cumprir adequadamente seu mister, que é a preservação e defesa dos direitos e a realização da justiça, fundamental é que seja preservada sua independência, a qual encontra suporte nas garantias, primeiro alvo de ataque dos seus inimigos.

Assim, necessário se faz a identificação dos inimigos do Poder Judiciário e verificar o que os movem, a fim de combatê-los, visando a imparcialidade dos juízes e a harmonização justa dos conflitos.

Nem sempre essa identificação é fácil. Isso porque, certo que em algumas situações os inimigos agem de forma aberta, direta. Contudo, outras em outras, os ataques são feitos de forma indireta, velada, camuflada, sub-repticiamente. Muitas vezes, nas piores hipóteses, a intenção de destruição da independência é feita sob o manto de defesa, prestígio ou homenagem aos magistrados.

Passaremos indicar alguns dos possíveis inimigos do Poder Judiciário³⁰:

²⁹ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2ª ed. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Prólogo: Pedro de Veja. Madrid: Tecnos, 1998. Tradução de: Der Hüter der Verfassung, 1931. (Semilla y Surco, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política), p. 52.

³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

a) Encontramos primeiramente os “inimigos do Poder Judiciário” no próprio Poder Judiciário, quando promove sua desmoralização, com atos de corrupção ou demagogia, quando se acobertam ilegalidades de centros de poder, seja econômico, seja político, com ou sem troca de vantagens, bem como os magistrados que renunciam à independência. São inimigos do Poder Judiciário seus membros que promovem a desmoralização da magistratura, com ataques genéricos, sem fundamento, muitas vezes imbuídos do simples desejo de promoção pessoal.

b) Encontram-se qualificados como inimigos todos aqueles que são contrários à independência do judiciário, pois somente com esse atributo pode-se garantir a eficácia das regras de comportamento social inspiradas na busca da Justiça, conforme entende Dallari³¹. Somente com um judiciário independente poderá existir verdadeiro acesso à justiça e a aplicação da ordem jurídica justa, da Constituição e das leis.

c) As ditaduras são consideradas inimigas da magistratura, pois não podem admitir limitações de qualquer natureza. Todos os atos ditatoriais querem ser impassíveis de impugnação. Esses regimes só admitem o Judiciário na medida em que possa legitimar seus atos e desejam uma magistratura dócil, covarde e omissa.

d) Também são contrárias à independência da magistratura as estruturas sociais e políticas que, embora não se caracterizem como ditaduras, são intrinsecamente antidemocráticas ou não favoráveis à democracia, mantendo mecanismos de decisão política que asseguram a supremacia de grupos sociais determinados.

e) Outro modo de infirmar a independência da magistratura é por meio de teorias ou doutrinas utilizadoras de altas indagações jurídicas ou filosóficas, com a intenção de reduzir o direito a uma forma incompreensível, hermética, sofisticada, obscura, apta a aceitar qualquer conteúdo conveniente aos dominadores. Uma forma de aplicação é a do positivo jurídico, que reduz

o direito à lei, sendo esta uma produção arbitrária, desde que respeitadas as respectivas formalidades.

f) São inimigos da independência do Poder Judiciário todos aqueles que agem à margem da lei e da Constituição e favorecidos pelo poder econômico ou político, empregam de atos violentos, intolerantes, corruptos ou imorais.

Conclusão

O Poder Judiciário representa hoje o último recurso de que dispõe a sociedade para a salvaguarda de seus direitos e interesses. É a última instância para o restabelecimento da ordem, inclusive a jurídica. Para além dele, no âmbito do país, nada há.

Para cumprimento de sua missão constitucional, necessárias sejam preservadas suas características de imparcialidade e independência, para não sujeitar suas decisões ao sabor e vontade de interesses políticos ou econômicos, divorciados da esmerada aplicação do Direito.

Daí, a importância das garantias conferidas ao Judiciário, mas no interesse da sociedade, para a proteção contra seus inimigos.

Sem as garantias, o judiciário seria presa fácil nas garras dos inúmeros inimigos, os quais não medem esforço para fazer triunfar seus interesses. Desejam o controle absoluto sobre o magistrado e suas decisões. E um meio de exercer controle é pôr nas mãos deles o poder de vida ou morte funcional.

As garantias representam a liberdade necessária a qual necessita todo magistrado e toda instituição judiciária para não se acovardar e proferir decisões conforme o Direito sem receio de desagradar qualquer grupo ou centro de interesses.

³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge-Massachusetts: Belknap press of Harvard University Press, 1995. v. 1.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. E atual. São Paulo, Saraiva, 2003.
- BANDRÉS, José Manuel. **Poder judicial y constitución**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1987.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris Editor, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5ª ed. Curitiba: Positivo, 2010.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John (seleção e edição por Roy P. Fairfield). **The federalist papers**. 2ª ed. Baltimore-London: The Johns Hopkins University Press, 1981.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. 2. ed. Univ. of Chicago Press, 1965.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1986.
- LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.
- SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. 2ª ed. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Prólogo: Pedro de Veja. Madrid: Tecnos, 1998. Tradução de: Der Hüter der Verfassung, 1931. (Semilla y Surco, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política).
- PIÇARRA, Nuno. **A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ªed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- STORY, Joseph. **Commentaries on the Constitution of the United States**. Boston: Little, Brown and Company, 1833.
- TAVARES, André Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1995.

ENSAIO

Ementa

“I - De acordo com a Constituição da República, ‘a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data da sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência’ (art. 16). Tal dispositivo se aplica a qualquer processo eleitoral porque figura no capítulo ‘Dos Direitos Políticos’ e não naquele ‘Dos Partidos Políticos’.

II - Na dicção do STF, ‘A norma inscrita no art. 16 da Carta Federal, consubstanciadora do princípio da anterioridade eleitoral, foi enunciada pelo constituinte com o declarado propósito de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações casuisticamente nele introduzidas, aptas a romper a igualdade de participação dos que nele atuem como protagonistas principais: as agremiações partidárias e os próprios candidatos’ (cf. Pleno, ADI QO 353/DF, Relator Min. Celso de Mello, RTJ 147/401). O termo “lei” tem o escopo de evitar que o processo eleitoral seja afetado por decisões casuísticas de todos os atores do processo, inclusive do Judiciário (Gilmar Mendes, Curso de Direito Constitucional).

III - Ainda conforme o STF, para o preenchimento dos cargos eletivos do Tribunal, definindo as condições de elegibilidade, a matéria fica sujeita ao domínio normativo da lei complementar (CF, art. 93), inviabilizando o tratamento normativo autônomo em sede regimental (Pleno, ADI MC 1152/RJ, Relator Min. Celso de Mello, DJU 03.02.1995, pág. 1022).

IV - Com efeito, a organização dos Tribunais de Justiça dos Estados está estabelecida na Constituição e na LC 35/79 (LOMAN, arts. 16, caput e 21, inc. III).

V - Atualmente, o STF entende que a norma do art. 16 da Constituição da República deve ser aplicada ‘um ano antes da data das eleições’, com repercussão geral dessa questão constitucional (Pleno, RE 633.703/MG, Relator Min. Gilmar Mendes, RTJ 221/462), sob pena de violência dos princípios da segurança jurídica do cidadão eleitor e do devido processo legal (artigos 5º, §2º e LIV c.c. artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal).

VI - ‘Proposta de reeleição ou recondução para os cargos do Conselho Superior da Magistratura, regulada pelo Estatuto da Magistratura (art. 93, caput, da CF c/c art. 102, caput, da LC n. 35/79), mediante a inserção de norma no Regimento Interno, que não a contém (arts 17 a 25), e ainda com aplicação sem o decurso obrigatório de um ano das eleições (para a eficácia), que serão em 04.12.2013 (art. 16 da CF c/c art. 13, inc. II, alínea b, do RI). Vedação por se tratar de direito ilegítimo ou inconstitucional”.

1. Divergência

Divirjo da proposta apresentada pelas seguintes razões: o mandato do Presidente do Tribunal de Justiça está terminando. Não é possível propor a alteração ao Órgão Especial para o próximo mandato, em razão de vários fatores.

A recondução do Presidente ou a alteração das eleições presentes (3 meses e meio do pleito) mostra uma centralidade interna, no dizer de Luciana Gross Cunha, Professora de Direito da GV e Coordenadora de seu Mestrado Acadêmico. “Não é possível elevar o poder dos Desembargadores do Órgão Especial que, com tal caminho, são capazes de colocar alguém e prolongar esse mandato, com maior desprestígio a toda a Magistratura”. Além disso, a recondução do Presidente e a eleição antes do estabelecimento do princípio da anualidade, viola a Constituição Federal. “*O perigo é que grupos afinados com a direção dos trabalhos, principalmente quando se olha a gestão participativa voltada a questões essencialmente políticas*”. E Luciana Cunha arremata que “o perigo da reeleição ou da alteração das regras no curso do mandato mostra a hegemonia de um grupo que apoia o profícuo Presidente e seus assessores. Esse tipo de decisão pode passar pelo CNJ ou pelo Supremo Tribunal Federal e isto mexe com a carreira e determina futuramente uma centralidade interna de determinados grupos fechados com a continuidade mandatária”. O erro se encontra aí. E realmente não podemos fincar tese para permitir a reeleição, sob risco de politização do Tribunal de Justiça.

2. Proposta

A proposta, além disso, violenta o princípio retor da anualidade ou anterioridade da lei eleitoral; e, tal norma-princípio, ancorada na impossibilidade de modificação constitucional por ser cláusula pétrea, objetiva evitar mudanças e alterações de regras legais ou regulamentares de última hora no processo de escolha dos representantes do Poder Judiciário Paulista. Mediante sua estrita observância e legalidade, as normas reguladoras de eleição só lograrão efetividade um ano após a data de sua vigência, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, na ADI 353-MC/DF, cuja substância é a seguinte: “A norma inscrita no artigo 16 da Carta Federal, consubstanciadora do princípio (norma retora criada pelo Constituinte Originário) da anterioridade eleitoral, foi enunciada pelo Constituinte com o declarado propósito de impedir a deformação do processo eleitoral, mediante alterações casuisticamente nele introduzidas, aptas a romper a igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas principais”.

Ora, o objetivo do princípio (norma condutora de todo e qualquer processo eleitoral) é impedir o casuismo e o privilégio injustificado de grupos políticos, continua Celso de Mello.

No Brasil, muito mais que uma norma, a anualidade eleitoral é um princípio/norma que executa as outras normas, no dizer de Bobbio, consagrado no artigo 16 da Lei das Leis: “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

O termo lei como bem assinala o Ministro Gilmar Mendes, em seu livro “Curso de Direito Constitucional” (Saraiva, fls. 750), tem o escopo de evitar que o processo eleitoral seja afetado por decisões casuísticas de todos os atores do processo, inclusive do Poder Judiciário. E em pronunciamento na ADI 2628, proposta contra a Resolução nº 20.993/2002 do Tribunal Superior Eleitoral, pontificou Sepúlveda Pertence: “Por força do artigo 16 da Constituição, inovação salutar

inspirada na preocupação da qualificada estabilidade e lealdade do devido processo eleitoral: denota-se a preocupação e especialmente evitar que se mudem as regras do jogo que já começou, como era frequente, com sucessivos casuismos, no regime autoritário. A norma constitucional – malgrado dirigida ao legislador – contém princípio direcionado a todos os Poderes da República, e em especial levar a Justiça Eleitoral a moderar eventuais impulsos de viradas jurisprudenciais súbitas, no ano eleitoral, acerca de regras legais de densas implicações na estratégia para o pleito das forças partidárias. Nesse sentido, é também o pronunciamento do Ministro Sydney Sanches, na ADI 2628/DF, DJ de 05.03.2004. Assim, afigura-se imperativo que o processo eleitoral seja posto a salvo de alterações por parte do legislador ou mesmo da Justiça Eleitoral, devendo qualquer alteração, para afetar as eleições vindouras, ser introduzida em período anterior a um ano do prélio eleitoral” (Relator Ministro Ricardo Levandowsky, ADI 3741, 06.08.2006).

Acrescente-se, ainda, que o princípio é tão forte que até para os defensores da aplicabilidade da emenda de reforma constitucional nº 52/2006 era de que se cuidava de reforma constitucional e não de lei ordinária; logo, o óbice do artigo 16 poderia ser afastado por decisão do Constituinte Derivado. Mas não, por decisão do Supremo Tribunal Federal entendeu que, embora não houvesse óbice material à mudança pretendida, ela somente seria eficaz para as eleições seguintes e não para as próximas, tendo em vista o princípio da anualidade contido no artigo 16 da Constituição Federal. Considerou-se, a propósito, no julgamento, de que o princípio integra o plexo de direitos políticos do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e os direitos dos próprios partidos e interessados, não podendo o legislador constituinte fazer tábula rasa, sob pena de ter-se uma violação do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

Assim, se o Supremo Tribunal Federal conduz o entendimento de que se emendas constitucionais, que mudarem disposições eleitorais só entram em vigor 12 meses após a data de sua publicação, afigurar-se-ão

inconstitucionais e, portanto, nulas de pleno direito, qualquer posicionamento contrário ao forte princípio inserido a favor do cidadão-eleitor no artigo 16 da Constituição da República.

Nesse sentido, basta verificar que em várias hipóteses legais não se acolheu o argumento de que as eleições transatas já tinham sido consumadas e que aquela já consumada serviria para contornar a imposição do princípio da anualidade eleitoral, visto que, se a alteração tivesse valido, não haveria razão para analisar a ocorrência do lapso de um ano entre a data da vigência da inovação normativa e as próprias eleições. A Ministra Ellen Gracie, em julgamento do mérito da inconstitucionalidade do artigo 2º da Emenda Constitucional 52/2006, que alterou a redação do artigo 17, § 1º da Carta Maior, para inserir, em seu texto, disciplina das coligações partidárias eleitorais, deixou claro que: “O princípio da anterioridade eleitoral extraído da norma inscrita no artigo 16 da Constituição Federal, consubstancia garantia individual do cidadão-eleitor (aqui do cidadão-magistrado) – detentor originário do poder exercido por seus representantes eleitos - Constituição Federal artigo 1º, parágrafo único) – com vistas a proteger o processo eleitoral. Esse princípio traz elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível inclusive à atividade do legislador constituinte derivado (CF, artigos 5º, § 2º e 60, § 4º, inciso IV). Por isso, diz ela, entendeu o Supremo Tribunal Federal que sua transgressão viola os direitos individuais da segurança jurídica (CF artigo 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV). Desse modo, a temática está ligada ao processo eleitoral. A mudança a ela concernente interfere na correlação das forças políticas e no equilíbrio das posições (...) da própria competição. A Corte Excelsa, à luz de tudo isso, deu interpretação conforme a Constituição, no sentido de que o § 1º do artigo 17 da Carta de Outubro, com redação dada pela EC nº 52/2006 para que não se aplicasse às eleições de 2006, remanescendo aplicável a estas a redação original do mesmo artigo (STF, ADIN 3685-DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, decisão de 22.03.2006).

Aí, digo eu, está a força do princípio da anualidade eleitoral que serve para todos os

casos de eleições existentes no país e que não se compatibiliza com oportunismo político e muito menos com o imediatismo, diz Uadi Lamnêgo Bulos. A propósito, “é a lisura dos pleitos eleitorais e a igualdade de todos os protagonistas do processo que são complementadas na escolha dos representantes populares”. (Curso de Direito Constitucional, pág. 882).

Quanto à locução processo eleitoral, o seu significado é bastante amplo, compreendendo processos legais e regulamentares, cujo conteúdo visa reger apresentação de candidaturas, a organização e realização dos escrutínios e o contencioso eleitoral. Assoma-se, a isso, uma plêiade de atos e operações encadeadas, e não, apenas o voto propriamente dito.

Do mesmo modo, Marco Aurélio Farias de Mello, em pronunciamento realizado no Superior Tribunal de Justiça e em julgamentos no Supremo Tribunal Federal, deixou claro que esse processo se aplica a todos os tipos de pleitos, inclusive os judiciários, e, na análise de casos levados a sua consideração, assentou entendimento de que: “Descabe introduzir, na Carta da República, exceção não contemplada e, mais do que isso, distinguir onde a norma não distingue. O artigo 16 nela contido, a revelar a homenagem constitucional à segurança jurídica, preceitua que a lei que alterar o processo eleitoral, não se aplica à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência (Emenda Constitucional nº 4/1993). Diz o Ministro: “A toda evidência o preceito versa direito material e não apenas processual. A referência a processo eleitoral direciona à caminhada visando à participação no pleito. Ora, ninguém em sã consciência é capaz de afirmar não repetir a lei complementar nº 135/2010 no gênero processo eleitoral (da mesma forma, a Resolução existente nesta Corte que tem por objetivo apenas reger as eleições, que foram consubstanciadas na vigência da eleição anterior). O princípio, diz o eminente Ministro, “versa sobre a inelegibilidade e, assim, repercute sobremaneira – como demonstram os inúmeros processos em andamento nos Tribunais Regionais e no Tribunal Superior Eleitoral – na participação de candidatos”. Diz mais, que o princípio impõe, mais do que isso,

a “maltratada primeira condição da segurança jurídica: irretroatividade normativa. Sem esta, é a Babel. Sem esta, a sociedade viverá aos sobressaltos (como está ocorrendo atualmente no Poder Judiciário de São Paulo), deixando de reinar a almejada paz social. Hoje, diz Mendes, visando uma eventual correção de rumos, implementa-se a retroatividade da Lei Complementar 135/2010; amanhã, outro precedente nefasto, e assim por diante, instalando-se a prática contra outros direitos e outras leis que possam ser interpretadas no campo da aplicação no tempo”. Em outra passagem, diz ele: “Se se partir para a interpretação sistemática da Constituição Federal, ver-se-á que ela se mostrou explícita quanto à irretroatividade da lei, considerados certos temas. A previsão, quanto à matéria penal, é de que a lei só retroage para beneficiar o acusado e, quanto à matéria tributária, é de que a lei nova não apanha fato gerador ocorrido antes de sua vigência, devendo ter sido editada no exercício anterior”. (...) Continua mais o Ministro em seu laborioso voto: “Indaga-se, sem se levar em conta o que, para mim, seria direito natural do cidadão: as situações jurídicas contempladas e agasalhadas pela proibição da irretroatividade estão esgotadas nesses dois temas? A resposta é desenganadamente negativa. Basta considerar que dois artigos mencionam, como direito social, a segurança – e a segurança há de ser tomada no sentido linear – artigos 5º e 6º. Cumpre ter presente, ainda, a garantia constitucional segundo a qual “a lei (muito menos resolução) não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada – inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal”. (Recurso Ordinário nº 2236-66.2010.6.18000 – Classe 37, Teresina – Piauí, Recorrente José Roncalli Costa Paulo).

A lei – em sentido amplo – é sempre editada para vigor prospectivamente, e nisto está a segurança jurídica: a lei (resolução) nova não apanha ato ou fato jurídico anterior, muito menos situação jurídica devidamente constituída. Por isso, deixou claro que “nem mesmo a Constituição Absolutista de 1824, em que havia o poder moderador, abandonou o critério, quanto a direitos individuais, da

irretroatividade da lei. Paga-se um preço por viver em um Estado de Direito, e é módico – o respeito irrestrito ao arcabouço normativo. Somente assim, haverá avanço no campo dos costumes, no campo cultural, corrigindo-se rumos. Nunca é demais repetir: em Direito o meio justifica o fim, mas não este a aquele, de bens intencionados (ou de bons mandatários) o Brasil está cheio. Não de distinguir-se os âmbitos próprios à religião, à moral e ao direito. Que prevaleça, no campo jurisdicional (ou como digo no campo administrativo-jurisdicional) esse último (o direito), sem atropelos nem surpresas incompatíveis com a democracia.

Se não bastassem todas estas posições, calha aqui enfatizar que José Afonso da Silva, no seu “Comentário Contextual à Constituição”, deixou claro que “a intencionalidade da norma constitucional em comentário está em que os atos do processo eleitoral – e, por conseguinte a dinâmica eleitoral – procedimento, não se alterem num espaço de tempo em que os interesses eleitorais já se encontram devidamente estabelecidos, de tal modo que mexer no processo acaba por se configurar um casuísmo. Por isso é que o dispositivo (constitucional) diz que a lei que o fizer entrará em vigor na data de sua publicação, mas não se aplicará à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. Isso significa: alteração no processo eleitoral só se dará se a lei que a estabelecer entrar em vigor mais de um ano antes da data da eleição cujo processo está sendo por ela modificado. A lei não se aplicará se entrar em vigor dentro do espaço de um ano antes da eleição”. Quiçá resolução.

Para espancar dúvidas e entredúvidas quanto a essa posição, na dicção do STF fica o discurso: “Para preenchimento dos cargos eletivos, definindo as condições de elegibilidade, a matéria fica sujeita ao domínio normativo da lei complementar – CF artigo 93, inviabilizando o tratamento normativo autônomo em sede regimental” (Pleno, ADI-MC 1152/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJU 03.02.1995, pág. 1022).

Assim, reeleição e mudança das regras para a prorrogação aos 40 minutos do segundo tempo, viola todos os princípios eleitorais, especialmente em eleição do Poder Judiciário Paulista.

Com efeito, a organização dos Tribunais dos Estados está estabelecida na Constituição e na Lei Complementar LC 35/79 – LOMAN artigo 16, caput, e 21, III.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal entende que a norma do artigo 16 da Constituição da República deve ser aplicada um ano antes da data das eleições, com repercussão geral dessa questão constitucional (Pleno, RE 633.703/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, RTJ 221/462).

3. Quanto à Conjectura da Reeleição

Deve-se verificar os seguintes dados:

Na dicção do Pretório Excelso, “O processo de escolha, a estipulação das condições de elegibilidade e a definição temporal do mandato referente aos cargos diretivos da administração superior dos Tribunais – Presidente, Vice-Presidente e Corregedor – configuram matérias que se subsumem ao âmbito de incidência da lei complementar (art. 102, *caput*), pois traduzem categorias temáticas que se revelam sujeitas, nos termos do que prescreve a própria Constituição (art. 93, *caput*), ao domínio normativo do Estatuto da Magistratura (LC nº 35/79)”, ou seja, “à cláusula de reserva constitucional” (STF, Pleno, ADI 1.152 MC/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 154/810).

E mais, não havendo alteração na lei complementar prevista na Constituição (art. 93, *caput*), o Estatuto da Magistratura está disciplinado pela Lei Complementar nº 35/79, que “proíbe a recondução” de membros do Conselho Superior da Magistratura (cf. STF, Pleno, ADI 1.985/PE, Rel. Min. Eros Grau, RTJ 193/843 e LexSTF 319/38). Há outro aresto mencionando expressamente a “proibição de reeleição” (vide STF, Pleno, MS

20.911/PA, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ 128/1.141).

Sem dúvida, nos termos da Lei Complementar nº 35/79, “Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegem dentre seus juizes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição” (art. 102, *caput*).

Destarte, o Colendo Supremo Tribunal Federal, tem afirmado a “Recepção pela Carta de 1988 da norma do art. 102 da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN)”, acrescentando que “o processo de escolha para os cargos de direção superior nos Tribunais Judiciários e a definição das condições de elegibilidade pertinente aos membros vitalícios e, onde houver, órgão especial, aos magistrados togados que o integram, constituem matérias que, por dizerem respeito à organização e ao funcionamento do Poder Judiciário, acham-se sujeitas, por efeito da reserva constitucional, ao domínio normativo da Lei Complementar”. Nesse teor são as inúmeras decisões do Tribunal Pleno (ADI 1.152 MC/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 154/810; ADI 1.385 MC/PE, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 16/02/96, p. 3.023; ADI 1.422/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, RTJ 171/753; ADI 1.503/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, RTJ 179/114; ADI 1.985 MC/PE, Rel. Min. Nelson Jobim, RTJ 192/67; ADI 1.985/PE, Rel. Min. Eros Grau, RTJ 193/843, LexSTF 319/38; ADI 2.370 MC/CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 09/03/01, p. 102; ADI 4.108 MC/MG, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, RTJ 209/583, LexSTF 363/43, RT 884/129; MS 28.447/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe-222, pub. 23/11/11).

Mesmo que se entenda possível estabelecer regras para as eleições aos cargos de direção pelo Órgão Especial (RI, art. 13, II, ‘b’), o que se admite só para efeito de discussão, elas entrarão em vigor somente um ano depois de sua publicação, na forma do art. 16 da Constituição Federal.

Deveras, conforme a Constituição da República, “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data da sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 ano da data de sua vigência” (art.

16). E tal dispositivo se aplica a qualquer processo eleitoral previsto em lei, por que figura no capítulo “Dos Direitos Políticos” e não naquele “Dos Partidos Políticos”.

Na interpretação do Pretório Excelso, “A norma inscrita no art. 16 da Carta Federal, consubstanciadora do princípio da anterioridade eleitoral, foi enunciada pelo constituinte com o declarado propósito de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações casuisticamente nele introduzidas, aptas a romper a igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas principais: as agremiações partidárias e os próprios candidatos” (cf. Pleno, ADI QO 353/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 147/401, grifei).

Nunca é demais lembrar que a organização dos Tribunais de Justiça dos Estados está estabelecida na Constituição (art. 93) e na LC nº 35/79 (LOMAN, arts. 16, *caput*, e 21, inc. III).

Atualmente, o Pretório Excelso continua entendendo que a norma do art. 16 da Constituição da República deve ser aplicada “um ano antes da data das eleições”, com repercussão geral dessa essencial questão de interpretação constitucional (STF, Pleno, RE 633.703/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, RTJ 221/462).

Mas não é tudo. Nos termos do vigente art. 102 da LOMAN, aplicado por força do art. 93, *caput*, da Constituição Federal, somente podem ser eleitos os juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, vale dizer, é vedada a participação dos mais recentes no caso de haver inscrição dos mais antigos.

Esta linha de entendimento também restou cristalizada pela jurisprudência do Plenário do Excelso Pretório (ADI 841 QO/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 21/11/94, p. 28.406; Rp 1.143/MA, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 105/909; ADI MC 1.152/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ, 154/810; RE 101.354/AM, Rel. Min. Néri da Silveira, RTJ 111/806; AçOrd 193/MS, Rel. Min. Néri da Silveira, RTJ 156/367; ADI 1.385 MC/PE, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 16/02/96, P.

3.023; ADI 1.422/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, RTJ 171/753; ADI 1.503/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, RTJ 179/114; ADI 1.985 MC/PE, Rel. Min. Nelson Jobim, RTJ 192/67; ADI 2.370 MC/CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 176/671; ADI 2.763/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, RTJ 194/498; ADI 3.224/AP, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, RTJ 192/892; ADI 3.566/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, RTJ 205/105; ADI 3.976 MC/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, RTJ 206/1.015; ADI 4.108 MC/MG, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, RTJ 209/583; Rd 5.158 MC/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, RTJ 205/149; Rcl 8.025/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJe-145, 06/08/10).

Confirmando tal entendimento, assevera o Professor Gilmar Ferreira Mendes que, “Segundo a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, até o advento da Lei Complementar prevista no art. 93, *caput*, da Constituição de 1988, o Estatuto da Magistratura será disciplinado pelo texto da Lei Complementar nº 35/79, que foi recebida pela Constituição” (cf. Curso de Direito Constitucional, 4ª ed., Saraiva, 2009, cap. 11, III, nº 2.1, pág. 976).

Dessa diretriz não discrepa o Colendo Superior Tribunal de Justiça (vide 6ª T., RMS 4.689/RS, Rel. Min. Pedro Acioli, DJ 19/06/95, p. 18.752).

Aliás, o atual Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aprovado em 04/11/2009, que teve como relator o Des. Ivan Sartori, deixou de regular as eleições para os cargos diretivos (arts. 17 a 25) tendo em vista justamente a vedação constitucional (art. 93, *caput*, da CF de 1988 c/c art. 102, *caput*, da LC nº 35/79) para fazê-lo.

Conclusão

Do exposto e da postura do Supremo Tribunal Federal e dos Ministros que o integram, verifica-se que, qualquer alteração nas regras eleitorais só vale para futuras eleições e jamais para o pleito que se aproxima em dezembro de 2013.

ENSAIO

O texto pretende situar a passagem da crítica do esclarecimento (nas concepções do iluminismo e racionalismo) e a reflexão sobre a gênese do racismo e demais formas de discriminação, na ênfase do pensamento da Escola de Frankfurt, estabelecendo-se uma relação entre violência, tortura, vida nua e repressão da mimesis no pensamento esclarecido.

Há um trecho especialmente apropriado na obra de Adorno e Horkheimer, *Dialética do Esclarecimento*, item V do capítulo “Elementos do Antissemitismo. Limites do Esclarecimento, 1. Edição) que nos servirá de referência para o desenvolvimento das ideias .

“In verbis”:

Os proscritos despertam o desejo de proscrever. No sinal que a violência deixou neles inflama-se sem cessar a violência. Deve-se examinar aquilo que se contenta em vegetar. As reações de fuga caoticamente regulares dos animais inferiores, a formigação das multidões de insetos, os gestos convulsivos dos martirizados exibem aquilo que, em nossa pobre vida, apesar de tudo, não se pode dominar inteiramente: o impulso mimético. É da agonia da criatura, no pólo extremo oposto à liberdade, que aflora irresistivelmente a liberdade enquanto determinação contrariada da matéria. É contra isso que se dirige a idiossincrasia que serve de pretexto ao anti-semitismo (op. Cit. p.171).

A discussão dos *Elementos do anti-semitismo* através de teses, com aqui se colacionou, anunciam Adorno e Horkheimer no Prefácio da *Dialética do Esclarecimento*¹, trata do retorno efetivo da civilização esclarecida à barbárie. Há uma tendência, refletem os autores, prática à autodestruição que caracteriza a racionalidade desde o seu início. O irracionalismo é derivado da essência da própria razão dominante e do mundo correspondente a sua imagem.

O estudo se insere em uma doutrina crítica da sociedade, à luz do ideal dialético de

¹ Adorno; Horkheimer. *Dialética do Esclarecimento*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, pág. 15.

uma humanidade futura que seja livre e desalienada. Em outra: os autores conduzem uma forma de pensamento negativo tendente a desmascarar as contradições do “status quo”².

Na esteira de uma incipiente contextualização deste trabalho no estudo dos *Elementos do antissemitismo* registre-se que Adorno e Horkheimer se reportam aos modelos teóricos básicos do hegelismo, marxismo e freudismo. Da tradição hegeliano-marxista a Escola de Frankfurt extrai a noção de dialética, que interpreta e desenvolve nos moldes e na forma de uma dialética negativa³. De Freud e da psicanálise os autores abeberam-se de instrumentos conceituais para a digressão das pulsões, mimesis, morte, regressão, etc. A teoria crítica, do ponto de vista histórico, define-se aqui, em especial, sobre o triunfo do fascismo e nazismo. Acontecimento que é interpretado como manifestação diferente de uma mesma racionalidade “iluminista” que caracteriza o Ocidente e a sua lógica do domínio.

Dessume-se, na verdade, em relação à própria história da razão empreendida por Adorno e Horkheimer, na *Dialética do Esclarecimento*, dois modelos de pensamento diferentes⁴: um modelo dialético lógico, nos moldes, como visto, hegeliano (*Selbstreflexion* e da *Selbstzerstörung*), segundo o qual a racionalidade iluminista (*Aufklärung*) e mitologia se negam e se pertencem mutuamente. E um segundo modelo, mais linear e histórico, pelo qual a razão esclarecida ameaça retornar, regredir na mitologia ou,

² Verbete “teoria crítica da sociedade”. *Dicionário de Filosofia*. Nicola Abbagnano. São Paulo: Martins Fontes. 2007, pág. 1128.

³ Contraponto à dialética positiva e idealista de Hegel baseada na separação entre sujeito e objeto, conceito e coisa, real e racional: “A dialética é a consciência resultante da não identidade”, ou seja, “uma negação da negação que não transpõe em posição “ (*Dialética negativa*, 1966, trad. It., Einaudi, Turim, 1982, pp 5 e 367). Este tipo de dialética sem síntese, que coincide com um pensamento respeitoso dos direitos do “particular” e do “diferente”, é o mesmo que uma filosofia contestadora do existente. Adorno considera que depois de Auschwitz a função da filosofia já não é justificar, mas criticar e incomodar. Idem nota anterior, pág 323, verbete *Dialética negativa*.

⁴ Jeanne Marie Gagnebin. *Uma filosofia moral negativa?*. Kriterion: Revista de Filosofia. Vol. 29, nº 117. Belo Horizonte. 2008.

igualmente, como descrevem os autores no Prefácio citado, na barbárie. Há, portanto, um modelo de reversão dialética e um outro modelo subjacente, o da regressão histórica. Importa anotar uma oscilação destes modelos que permeia este pensamento: o estatuto ontológico do mito e do mítico, que é incerto, oscila entre uma negação dialética da razão e uma determinação mais substancial e irreduzível (Auschwitz) que a *Aufklärung* busca extirpar.

Introdutoriamente, desta forma, estabelece-se as primeiras diretrizes no objetivo de situar a passagem da crítica do esclarecimento e a reflexão sobre a possibilidade do racismo, nazismo e do anti-semitismo no objetivo, ainda, de uma relação entre violência, tortura, vida nua e repressão da mimesis no pensamento esclarecido.

É necessário, assim e por primeiro, o entendimento da retomada e transformação da crítica platônica ao conceito de mimesis levada a cabo por Adorno, principalmente, e Horkheimer na *Dialética do Esclarecimento*⁵.

Adorno busca na psicanálise e na etnologia o fundamento para caracterizar a mimesis como um comportamento regressivo.

Em Freud a regressão remete à pulsão morte, a um desejo de dissolução do sujeito no nada. Na obra *Além do princípio do prazer* o psicanalista procura uma indispensável legitimação junto à biologia para afirmar o *caráter ontologicamente originário da morte*, em relação à vida, uma vez que o *pulsional* é o signo de uma inscrição da tendência à morte no âmago de todo o ser vivente. Ou numa formulação mais radical, Freud recorre à biologia para garantir a plausibilidade da tese de uma *prioridade ontológica* da morte sobre a vida, a partir da teoria que vincula o princípio do prazer à natureza regressiva do pulsional, manifestada nos fenômenos da compulsão à repetição⁶ (conceito este que se retomará mais adiante).

Freud considera que, na ocorrência do reconhecimento explícito da morte, quando,

enfim, essa imantação radical é desvelada (uma atração irresistível para o vazio), um outro polo adquirirá uma força inusitada, qual seja, a *vida*.

Na etnologia, em especial Roger Caillois e Marcel Mauss⁷, os autores da *Dialética do Esclarecimento* extraem o conceito do comportamento mimético caracterizado como uma conduta regressiva de assimilação ao perigo, na tentativa de desviá-lo. No intuito de se livrar do medo o sujeito renuncia a se diferenciar do outro que receia para, ao imitá-lo, aniquilar a distância que os separa.

A oscilação já mencionada (entre uma negação dialética da razão e uma determinação mais substancial e irreduzível) acha-se presente, igualmente, no conceito chave de mimesis na *Dialética do Esclarecimento*⁸. Há distinção de Adorno de dois momentos conceituais na mimesis. Com efeito, a primeira mimesis, ligada à magia, ao mito, tem por objetivo a defesa do bicho homem ameaçado contra inimigos exteriores (como o Ciclope de Ulisses). Na tentativa de afastar-se do perigo o homem primitivo se assemelha ao homem, suprimindo a diferença entre si e o ambiente. É uma forma arcaica de auto-conservação: a vida paga o tributo de sua sobrevivência assimilando-se ao que é morto. Simultaneamente, estas práticas mágicas proporcionam prazer originado da dissolução dos limites do eu na indiferenciação da matéria (entrega aos prazeres primevos das sensações, ao lúdico). Esta dualidade dá a nota da interpretação alegórica do episódio das *Sereias*. Ulisses atravessa atado ao mastro,

⁷ Interessante anotar o significado para este autor do sacrifício e expiação de grupos. Os executores do sacrifício encontram nele sua vantagem. Eles se conferem a si e às coisas que lhes dizem respeito de perto, a força social completa. Encontram no sacrifício o meio de restabelecer os equilíbrios perturbados: pela expiação resgatam-se da maldição social, consequência da falta, e tornam a entrar na comunidade; pelas retiradas por conta das coisas cujo uso a sociedade reservou, adquirem o direito de gozar delas. A norma social é, portanto mantida sem perigo para eles, sem diminuição, para o grupo. Assim a função social do sacrifício é preenchida tanto para os indivíduos como para a coletividade. Marcel Mauss. *Ensaio de Sociologia. Ensaio sobre a natureza e função do sacrifício*. Perspectiva. São Paulo: 2009, pág. 227.

⁸ Idem nota 5 de rodapé.

⁵ Jeanne Marie Gagnebin. *Do conceito de mimeses no pensamento de Adorno e Benjamin*. Perspectivas, São Paulo, 16:67-86, 1993.

⁶ Oswaldo Giacóia Junior. *Além do princípio do prazer. Um dualismo incontornável. Para Ler Freud*. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro: 2008 pag. 65.

enrijecendo-se para a auto-conservação e, demais, explora os remadores.

No quinto fragmento dos *Elementos do anti-semitismo* a história de repressão desta mimesis originária - perigosa/prazerosa-esclarece a gênese de uma segunda mimesis, a mimesis da mimesis⁹, a única permitida pela civilização iluminista, que está na raiz da identificação do indivíduo como Führer, por intermédio de uma encenação coletiva, utilizando-se de uma “disciplina ritual” e de formas sempre idênticas e de repetição¹⁰ (Freud). O cerne da obediência nazista, pontua Adorno, e do ódio racista, deve ser procurado nesse núcleo originário que transforma a desagregação mimética primeva, simultaneamente ameaçadora e extática, numa mimesis segunda, definida pela rigidez da identidade e pela conseqüente exclusão do outro. Esta identificação mimética perversa precisa, para o seu sucesso completo, encontrar um objeto de execração. No caso, o povo hebreu. Ou ainda: os negros, os pobres, os presos, os homoafetivos e demais grupos sociais que são objetos de execração.

Esta repulsão incontrolável e de que não se é capaz, inclusive, de controlar em relação a algo exterior, no caso dos grupos acima mencionados, traduz-se do que Adorno considera uma justificativa: a idiossincrasia, cujos motivos remetem àquelas origens explicitadas nos momentos da proto-história biológica a que Freud se dedicou. “Sinais de perigo cujo ruído fazia os cabelos se eriçarem e coração cessar de bater”¹¹. Há, portanto e como se viu, um escape do domínio do sujeito o que o leva a uma assimilação à imóvel natureza do ambiente e só é capaz da relação mais exterior, a espacial, diz Adorno. O espaço, então, é a alienação absoluta, porquanto o humano quer se tornar como a natureza, enrijecendo-se contra ela (Ulisses atado ao mastro).

⁹ Idem nota anterior.

¹⁰ No testemunho pungente de Primo Levi, no livro *É isto um homem?*, bem se ilustra este mecanismo de repetição por meio da mesma canção tocada em horários exatos, diuturnamente, na Praça da Chamada. Rio de Janeiro: Rocco, 2008.

¹¹ Adorno; Horkheimer. *Dialética do Esclarecimento*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, pág. 149.

Neste passo, a civilização substituiu a adaptação orgânica ao outro pela manipulação organizada da mimesis (a mimesis, portanto, é um processo necessário à construção da civilização, mas que também oprime a possibilidade de uma convivência digna) e, por fim, na fase histórica, pela práxis racional, ou seja, o trabalho. É da condição da civilização¹², pontua Adorno, a proibição dos dominadores da mimesis prazerosa aos trabalhadores (proscrição social dos atores, ciganos, etc.). A educação social e individual reforça nos homens seu comportamento objetivamente enquanto trabalhadores e os impede de se perderem nas flutuações¹³. Toda a diversão, o abandono, apresenta algo de mimético e foi se enrijecendo contra isto que o ego se forjou. É através de sua constituição que se realiza a passagem da mimesis refletora para a reflexão controlada e, destaque-se, esses mecanismos de proibição são tanto mais intensos quando tentam impedir não só a recordação do medo primitivo, mas também a lembrança dessa felicidade originária que se experimenta, como alhures se consignou, na dissolução dos limites subjetivos¹⁴.

A assimilação física, desta forma, prossegue Adorno, é substituída pela *reconhecimento do conceito*, a compreensão do diverso sobre o mesmo. A sociedade, preconiza o autor, é um prolongamento da natureza ameaçadora enquanto compulsão duradoura e organizada que, reproduzindo-se no indivíduo uma auto-conservação conseqüente, repercute sobre a natureza enquanto dominação social da natureza. A ciência agora é aquela repetição freudiana aprimorada como regularidade observada e conservada em estereótipos. Esta técnica, defendem os autores da *Dialética*, automatiza os processos espirituais tornando as manifestações humanas controláveis e compulsivas. Desta forma, da assimilação à natureza resta somente o enrijecimento contra ela e a proteção e rejeição hoje é dominação cega desta natureza.

¹² Grifos não do original.

¹³ *Im auf und nieder*, idem nota 4 de rodapé.

¹⁴ Jeanne Marie Gagnebin. *Do conceito de mimeses no pensamento de Adorno e Benjamin*. Perspectivas, São Paulo, 1993, pág. 75.

Os traços miméticos, para Adorno, na civilização que ascendeu a natureza, são transformados em tabus, naquele conceito mesmo psicanalítico aqui colacionado. Uma neurose obsessiva justificada pela idiossincrasia, validada por uma necessidade interior, no temor de uma possibilidade de deslocamento e contágio dos objetos proibido, criando-se práticas cerimoniais e mandamentos derivados das proibições¹⁵ e o desejo de violá-los persistindo no inconsciente, já que existe uma atitude ambivalente ao proibido: temido e desejado.

Aquilo que se repele por sua estranheza é, na verdade, demasiado familiar.

Na vida exposta a toda sorte de violência, o que desencadeia o ódio do torturador, daquele que discrimina é a identificação da sua mesma origem material, animal e desordenada com a da vítima. É a pulsão da morte atraída como se fosse necessária à manutenção da vida, no fundamento das preleções de Freud anteriormente mencionadas.

Lançadas, desta forma, tais considerações, neste passo, pode-se apreender minimamente o significado do trecho do texto sugerido, inserido no fragmento quinto do capítulo *Elementos do Anti-semitismo*: há um mecanismo de fazer aos temidos aquilo que se teme, mecanismo este nas lições de Adorno, explicado por impulsos miméticos, pelos tabus. Almeja-se no torturado ou na vítima de violência a liberdade e a cidadania de que foram retirados pelo processo civilizatório.

Exsurge mesmo das considerações até aqui alinhavadas a constatação de que mencionado processo civilizatório, a *Aufklärung*, na verdade, ao revés de oferecer uma condição humana emancipatória, acaba por engendrar o homem a uma racionalidade técnica e instrumental escravizadora.

Ao invés de ajudá-los a alcançar a tão desejada liberdade, o Esclarecimento sujeita os homens tantos aos poderes econômico-sociais, em uma lógica de domínio (Marx) quanto aos

poderes econômico-psíquicos (Nietzsche e Freud)¹⁶.

Inicialmente já se consignou que a teoria crítica, propugnada por Adorno e Horkheimer, extrai de Freud e da psicanálise instrumentos conceituais; técnicas mesmo para o entendimento do humano e da humanidade. A interpretação alegórica, não obstante desacompanhada do rigor filosófico, é “salvadora” e mais democrática¹⁷ e se insere nesta metodologia adotada pela Escola de Frankfurt. A releitura do episódio de Ulisses e as sereias talvez seja o mais emblemático do pensamento dialético de Adorno e Horkheimer.

Oportuna a citação da seguinte passagem do texto *Resistir às Sereias*.

Ulisses deve passar pelo aprendizado de inúmeras renúncias, que a sequencia dos vários episódios da Odisseia representa alegoricamente, para poder chegar a Ítaca e aí conseguir reapropriar-se da realeza, da esposa e do filho, isto é, para conseguir constituir-se em sujeito adulto¹⁸ com uma identidade assegurada. No cerne dessa história de renúncia e, simultaneamente de constituição do sujeito, o episódio das Sereias oferece como que uma condensação de todo o desenvolvimento a *Aufklärung*: “As medidas tomadas por Ulisses quando seu navio se aproxima das Sereias pressagiam alegoricamente a dialética do esclarecimento.”

As tentativas de fundamentação e de justificação racionais das categorias políticas, sociais ou econômicas, por si só, não explicam a barbárie de Auschwitz. Não são exitosas para entender este episódio, pode se concluir na leitura do capítulo *Elementos do anti-semitismo*. Não explicam a redução à vida nua das vítimas dos campos e a crueldade dos carrascos nazistas, dos torturadores e qualquer outro agente de violência principalmente discriminatória.

¹⁵ Sigmund Freud. *Totem e tabu* (1913). Obras psicológicas completas: Edição Standard Brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

¹⁶ Jeanne Marie Gagnebin. *Resistir às Sereias*. Publicado na *Revista Cult*, Ano VI, no. 72, pp. 51-55

¹⁷ Idem nota anterior.

¹⁸ Grifos não são do original.

Depreende-se, ainda, da análise de Adorno, que nada adianta, igualmente, a construção de um edifício normativo na tentativa de impedir este horror.

Sob este ponto de vista jurídico, parece ser também o entendimento de Giorgio Agamben¹⁹. A este autor de nada serve apelar ao caráter sagrado da vida como o núcleo de um direito fundamental, visto que a autoridade do poder do Estado se constitui e se consubstancia, justamente, ao traçar a partilha entre a vida que merece viver e aquela que pode ser exterminada (*homo sacer*). O Estado Moderno, construído na ascendência da racionalidade iluminista parece, de um lado, ser um protagonista de conquistas no patrimônio da história da humanidade porque inseriu nos ordenamentos jurídicos internacionais e nacionais, a proteção individual dos direitos fundamentais unificados pelo valor da pessoa humana, da sua dignidade (art. 1º da Constituição Federal Brasileira) e, no entanto, este mesmo Estado, está imbricado na ambigüidade e essência da condição matável e insacrificável do *homo sacer*. Segundo Agamben, vivemos sob um regime biopolítico cada vez mais recrudescido e saturado, no qual a dinâmica da proteção e destruição da vida por meio de sua inclusão e exclusão do aparato jurídico regulado pelo poder soberano ameaça chegar ao ponto máximo, o que permite a seguinte conclusão: todos nós somos, potencialmente, homens matáveis e insacrificáveis (que não deve ser colocado oficialmente à morte).

O fato é que, de qualquer forma, revelou-se inútil afastar e solapar este impulso mimético de que ao longo do trabalho se tratou, que é precípua dos seres humanos e da civilização, como se viu, e que resvala invariavelmente na animalidade e no sofrimento.

Na esteira adorniana de pensamento, talvez o aprendizado do homem, no esteio da alegoria do amadurecimento de Ulisses, é o da premência do acolhimento de seu lado sombrio para integrá-lo à convivência humana. É necessária, desta forma, uma reunião das conquistas do espírito e da vulnerabilidade humana da existência orgânica. A conjugação

¹⁹ Giorgio Agamben. *Homo sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2007.

da *bios e da zoé*. Papel, segundo Schweppenhäuser e G. Schmid Noerr²⁰, do impulso moral²¹.

É possível que seja esta a máxima extraída da experiência dos campos de concentração. O mais assustador: na linha de pensamento de Walter Benjamin, Giorgio Agamben observa que, em nosso tempo, o estado de exceção se tornou a regra podendo-se observar, dos contextos políticos de vários países, uma verdadeira convergência entre os regimes totalitários e democráticos pelo seu quase idêntico tratamento ao homem²². Veja-se, neste sentido, a prisão mantida pelos Estados Unidos da América em Guantânamo e o tratamento penitenciário dispensado aos segregados na China. O paradigma do campo de concentração, desta forma, é muito mais atual do que se imagina.

Adorno, no texto *Educação após Auschwitz*, indica, dentre outros, a contraposição ao poder cego do coletivo, fortalecendo a resistência por meio do esclarecimento do problema da coletivização como forma mesmo de enfrentamento e de se evitar a repetição dos campos.

Igualmente à Giorgio Agamben, as tentativas de fundamentação e de justificação tradicionais não são satisfatórias para entender o maior campo de concentração de Hitler. Em sua obra *O que resta de Auschwitz*²³ Agamben investiga as dificuldades do testemunho de Primo Levi em um espaço em que não há qualquer referência básica de humanidade, em uma anomia absoluta em cujo contexto a vida não é preservada.

Além do significativo testemunho neutro de Primo Levi e da ausência da linguagem nas figuras dos “muçulmanos” a relevância do trabalho de Agamben é, na esteira do pensamento da experiência e amadurecimento da civilização, o de *repensar o papel da ética* no combate a todas as formas de discriminação, racismo e preconceito.

²⁰ Jeanne Marie Gagnebin. *Uma filosofia moral negativa?*. Kriterion: Revista de Filosofia. Vol. 29, nº 117. Belo Horizonte. 2008.

²¹ Conceito, conquanto instigante, merecedor de um desenvolvimento próprio, do qual não se ocupará, em razão da proposta inicial do trabalho.

²² Idem nota 18 de rodapé.

²³ Boitempo Editorial. São Paulo. 2008.