

Responsabilidade civil do advogado

Civil responsibility of the lawyer

Allane Martins Mota Nogueira

8.º período da Faculdade de Direito, do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).
e-mail: allanemartins@yahoo.com.br

Resumo: O advogado é indispensável e exerce função essencial na administração da justiça. Além disso carrega grandes responsabilidades no desempenho de seu mandato, uma vez que defende interesses e contribui para o desenvolvimento de toda a sociedade. Logo, esse profissional deve atuar de forma ética, com conhecimentos técnicos suficientes para prestar um serviço de qualidade. No entanto ocorrem casos em que essa conduta não se verifica, podendo fazer surgir, então, o dever de indenizar. Portanto, tem este estudo o intuito de despertar maior reflexão sobre o tema, investigando sua nuances e quando pode, ou não, ser o profissional da advocacia responsabilizado por sua conduta profissional. Nesse sentido, investiga-se a respeito da natureza da responsabilidade civil do advogado, bem como algumas hipóteses em que pode haver responsabilização, tais como perda de chance, inobservância de prazos, dentre outras. Isto posto, conclui-se que é imperativa, por parte do advogado, a observância dos preceitos da profissão, em especial a exigência da constante atualização e estudo, atuação com prudência, eficiência, vigilância e zelo, sob pena de configuração de conduta ilícita que pode ser penalizada não só no âmbito administrativo, mas também civil.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Advogado. Atuação irregular. Hipóteses.

Abstract: The lawyer is indispensable and carries out an essential function in the administration of justice. Besides he carries responsibilities in the performance of his mandate, for he defends interests and contributes for the development of the whole society. This way this professional must act in an ethic way, with technical knowledge for a service of quality. However there are cases in which this behavior is not present, what arises the necessity for indemnity. Thus this work aims at provoking considerations about the theme, investigating its nuances, when the lawyer can or cannot be responsible for his professional conduct. This way we investigated the nature of the civil responsibility of the lawyer, as well as some hypotheses in which there can be responsibility, such as lost of chance, inobservance of stated periods, among others. All this considered, we conclude that it is imperative for the lawyer to observe the precepts of the profession, especially the studies, the performance with prudence, efficiency, vigilance and zeal. Otherwise, his conduct could be considered an illicit conduct, which can be penalized in both administrative and civil sphere.

Keywords: Civil responsibility. Lawyer. Irregular actuation. Hypotheses.

1. Introdução

O advogado exerce uma atividade fundamental na esfera jurídica. A própria Constituição Federal estabelece que esse profissional é indispensável. Na verdade, con-

siste em um reconhecimento justo, haja vista que esse profissional zela pelos direitos individuais e coletivos da sociedade.

Cada vez mais se exige uma postura ética dos advogados, além de condutas harmoniosas com as premissas presentes na Lei 8.906/94, mormente em uma profissão que, de certa forma, sofre com determinados preconceitos ainda vigentes nos dias de hoje.

Considerando que o advogado pode cometer erros no exercício de suas atividades, que lhe podem custar o dever de reparar eventuais danos, propõe-se a investigação das hipóteses de conduta irregular que são capazes de gerar responsabilidade civil. Por ser impossível indicar todas, especialmente em razão da complexidade inerente ao próprio exercício da advocacia, o presente estudo não tem por escopo esgotar o tema, mas, sim, contribuir para sua reflexão.

Nesse sentido procura-se analisar algumas situações mais corriqueiras de erros do profissional, destacando se estes podem ou não gerar responsabilidade no âmbito civil, foco principal do trabalho.

Destaque-se que não se almeja criticar o exercício da advocacia. Ao contrário, espera-se enaltecer o bom profissional e contribuir com as discussões sobre a temática que, de certo modo, parecem ainda incipientes.

Para a consecução dos objetivos foi utilizada, como procedimento metodológico, a pesquisa bibliográfica e documental, envolvendo estudos de doutrina, legislação e jurisprudência selecionada. Primeiramente, será feito um breve resumo histórico da responsabilidade civil, abordando-se conceitos, espécies e elementos constitutivos. Na sequência fala-se da responsabilidade civil do advogado propriamente dita, destacando-se algumas das hipóteses que poderiam ensejar uma eventual indenização. Destaque-se, por oportuno, que delimita-se o estudo apenas ao foco do advogado na sua relação com o cliente, não sendo objeto do trabalho a investigação sobre a responsabilidade da sociedade de advogados.

Ao final, concluir-se-á a respeito da postura ético-profissional que o advogado deve ter no exercício de sua profissão, como modo de despertar a atenção sobre a importância de sua conduta no que diz respeito ao seu dever para com seu constituinte.

2. Breve esboço histórico da responsabilidade civil

Tanto hoje quanto nos primórdios da civilização humana, o homem sempre buscou proteger e zelar pelo que é seu. Outrora imperava a vingança coletiva contra

alguém que causasse dano a outrem. Não havia regras e o indivíduo normalmente era excluído ou morto. Era olho por olho dente por dente.

Todavia, houve uma evolução, e surge a composição voluntária, tendo o ofendido a faculdade de substituir a retaliação por uma compensação de ordem econômica. Aqui ainda não se discutia a culpa, prevalecendo a responsabilidade objetiva.

Com a alteração na estrutura estatal, a composição voluntária passa a ser obrigatória (abolindo-se a retaliação), o Estado começa a intervir e fixa uma tarifação que estabelece o *quantum* a ser indenizado para cada tipo de lesão, esboçando-se a noção de culpa.

Contudo, no ano de 572 de fundação de Roma, começa a ser delineada uma diferenciação entre pena e reparação. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 10):

Ressalte-se, contudo, como se sabe, que o Direito Romano não manifestava uma preocupação teórica de sistematização de institutos, pois sua elaboração se deu muito mais pelo louvável trabalho dos romanistas, numa construção dogmática baseada no desenvolvimento das decisões dos juízes e dos pretores, pronunciamentos dos jurisconsultos e constituições imperiais.

Nessa época, Lúcio Aquílio propôs uma lei que foi aprovada e sancionada e ficou conhecida com *Lex Aquilia*. Essa lei desponta um princípio geral da reparação do dano, segundo o qual a culpa, ainda que leve, obriga a indenizar.

Na idade média o pensamento dos romanos foi aperfeiçoado pelo Direito francês e houve a consagração do princípio aquiliano. Os franceses sistematizaram a teoria da culpa e a distinção entre culpa contratual e extracontratual que influenciou quase todas as legislações, inclusive no Brasil com atual Código Civil e o revogado Código Civil de 1916.

Porém, com o advento do desenvolvimento industrial e tecnológico surgem novas teorias que buscam a total reparação e o aumento dos danos. Nesse sentido, sem abandonar a teoria da culpa, a teoria do risco vem ganhando espaço e parte do pressuposto de que aquele que exerce atividade perigosa dever arcar com os danos advindos desse exercício. Logo a tendência atualmente é ressarcir o maior número de vítimas de dano.

3. Responsabilidade civil: conceito, natureza jurídica e espécies

3.1. Conceito e natureza jurídica

A palavra *responsabilidade* tem sua origem no verbo latino *respondere*, que significa o dever de assumir as consequências oriundas de suas atividades. O termo ainda contém a raiz latina *spondeo*, que expressa a fórmula pelo qual no Direito Romano o devedor se vinculava aos contratos verbais.

O Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras (1995, p. 679) traz a seguinte definição de *responsabilidade*: “RESPONSABILIDADE. S.F. (lat., de *respondere*, na acep. de assegurar, afiançar). Direito, obrigação por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito”.

Portanto a responsabilidade está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo. Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 23) entende por dever jurídico

[...] a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.

A violação desse dever jurídico configura o ilícito que geralmente acarreta dano a outrem. Há então um dever jurídico originário que, quando violado, faz surgir um dever jurídico sucessivo.

Além disso, a natureza jurídica da responsabilidade civil será sempre sancionadora, independentemente se for como pena ou compensação pecuniária. Observam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p.19) que “sanção é a consequência lógico-jurídica da prática de um ato ilícito, pelo que, em função de tudo quanto foi exposto, a natureza jurídica da responsabilidade seja civil, seja criminal somente pode ser sancionadora”.

3.2. Espécies de responsabilidade civil

Quanto ao tipo de ilícito pode ser a responsabilidade civil ou penal. Na responsabilidade civil o agente tem o dever de reparar o dano, e se isso não for possível, há uma indenização a quem foi lesado. Na responsabilidade penal o agente sofre uma

sanção que pode ser privativa de liberdade, restritiva de direitos ou mesmo pecuniária. Nesse sentido Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 37) observa que

[...] a punição de certos ilícitos na esfera do Direito Civil, portanto ao invés de o serem na orbita do Direito Penal, obedece a razões puramente de conveniência política, Para o Direito Penal é transportado apenas o ilícito de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, o ilícito penal. O ilícito civil, de menor gravidade, não reclama a severidade da pena criminal [...].

A responsabilidade civil quanto ao fato gerador pode ser contratual ou extracontratual. A contratual é aquela que deriva de um contrato e é oriunda do não cumprimento de um negócio jurídico. A extracontratual, ou aquiliana, se resulta de um inadimplemento normativo, pois não existe um vínculo anterior entre as partes, sendo, portanto, advinda da inobservância das leis.

Em relação ao seu fundamento pode ser a responsabilidade subjetiva ou objetiva. A responsabilidade subjetiva é decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo, derivando da culpa, havendo que se provar a culpa do agente para que surja o dever de reparar. Por sua vez, a responsabilidade objetiva advém da teoria de risco, sendo uma exceção a regra da teoria da culpa. Sinteticamente, é totalmente irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, requerendo apenas o nexo causal e o efetivo dano para que surja o dever de indenizar.

E por último, relativamente ao agente, poderá ser direta ou indireta, conforme lição de Maria Helena Diniz (2007, p.128):

[...] *Relativamente ao agente*, isto é, à pessoa que pratica a ação. Assim a responsabilidade será: a) direta se proveniente da própria pessoa imputada – o agente responderá, então, por ato próprio, e b) indireta ou complexa, se promana de ato de terceiro (RT, 646:89, 641:132, 566:104, 494:92, RTJ, 62:108) com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato animal (RT 535: 111, 589:109) e de coisas inanimadas sob sua guarda.

4. Elementos constitutivos da responsabilidade

O atual Código Civil, no art. 927¹, adotou a teoria da culpa como princípio da responsabilidade civil. Esse artigo faz referência ao art. 186² do mesmo código. Quando

¹ Art. 927 Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

analisados em conjunto percebem-se quatro requisitos essenciais da responsabilidade civil: a ação (ou omissão), a culpa (ou dolo) do agente, o dano e o nexo de causalidade.

A ação é o ato humano comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, imputável do próprio agente ou de terceiro. O dolo consiste na vontade de violar um direito, com objetivo ilícito, sendo a culpa caracterizada quando, pela imperícia, imprudência ou negligência, se provoca um dano a alguém, mesmo que não desejado. Já o dano é a lesão efetiva a um bem jurídico. E por fim, o nexo de causalidade é o vínculo entre a ação culposa (ou dolosa) e o dano, fechando o ciclo que caracteriza a responsabilidade.

5. Responsabilidade civil do advogado

5.1. O advogado e sua função social

A palavra advogado deriva do latim, *advocatus*. No dicionário Aurélio eletrônico (2009) achamos o seguinte significado: “s.m. Pessoa cuja profissão é pleitear na Justiça./ Fig. Aquele que intercede por outro: advogado de causas perdidas./ Fig. Advogado do diabo, defensor de má causa./ Teologia Aquele que propõe as objeções, sustenta acusações”.

Consultar sempre a norma jurídica, nunca agir contra a lei ou moral, evitar o erro e não induzir quem quer que seja em erro são algumas das obrigações do advogado. Alexandre Tavares Cortez (2002) informa que

o advogado desempenha uma função que vai além do defender o acusado ou representar a parte em juízo. Geralmente, o advogado é visto como o defensor do inocente, daquele que está sofrendo injustiça, o que não deixa de ser uma verdade. Mas, a profissão é calcada em fundamentos maiores, e que, aos olhos do homem comum, são imperceptíveis, omissos, porque ao defender um direito particular, o advogado defende também a própria ordem jurídica.

O Direito se transforma constantemente e evolui com as mudanças de costumes, sendo necessário, diante dos casos concretos, o nascimento de novas teses e ideias que amparam os direitos individuais e coletivos. Gladston Mamede (2008, p. 403) assevera que

² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

a prática do Direito será tanto melhor quanto maior for o conhecimento da teoria do Direito, mas também, e principalmente, o conhecimento da realidade em que o Direito se insere. Aquele que melhor conhece a estrutura de um instituto jurídico possui, ao menos em tese, maiores condições de traduzir a sua significação, de argumentar a sua aplicação etc. Aquele que melhor conhece a estrutura da sociedade em que se encontra inserido possui maiores condições de ser um cidadão, de ser íntegro, de não ser elemento de manobra.

Esse deve ser o papel do advogado: acompanhar as mudanças da sociedade como meio de contribuir para a construção de um Direito mais próximo à realidade humana, o que releva a necessidade de uma preparação especial do profissional. Comportando-se assim, o advogado atende não só aos interesses de seu constituinte, mas desempenha importante função social, colaborando com o alcance de uma finalidade suprema: a realização da Justiça, como pretende o art. 133 da Constituição Federal.

Diz-se então, a respeito da advocacia, que

é serviço público, na medida em que o advogado participa necessariamente da Administração Pública da Justiça, sem ser agente estatal; cumpre uma função social, na medida em que não é simples defensor judicial do cliente, mas projeta seu ministério na dimensão comunitária, tendo sempre presente que o interesse individual que patrocina deve estar plasmado pelo interesse social (LÔBO, 2007, p. 35).

E Jadson Dias Correia (1999) complementa:

[...] Fica latente toda a amplitude da função social do Advogado em face da Constituição Federal, pois sem ele o Estado-Juiz não será capaz de realizar a sua função principal, que é a prestação da tutela jurisdicional, uma vez que ao juiz não é permitido sair de seu estado inerte sem a provocação da parte ofendida, devidamente representada por aquele que detém o *jus postulandi*.

5.2. Fundamentos legais da Responsabilidade Civil do Advogado

O advogado é um profissional liberal, sendo assim, segundo a doutrina, assumirá normalmente uma obrigação de meio e excepcionalmente uma obrigação de resultado (LÔBO, 2007, p. 190).

Sendo obrigação de meio, o contrato firmado entre advogado e seu cliente não irá se vincular a um resultado. No entanto, o profissional da área do direito deve prestar um serviço com prudência e diligência para conseguir um bom resultado, além de prestar contas dos seus atos, evitando, deste modo, um possível dano.

O contrato firmado entre advogado e o cliente é representando pelo mandato. Regra geral o profissional se obrigará a praticar atos jurídicos ou administrar interesses em nome do seu cliente.

O exercício das atividades do advogado pode trazer efeitos de natureza administrativa e o advogado não agindo com lealdade e probidade responde contratualmente perante seu cliente, podendo inclusive sofrer sanções disciplinares como a censura, suspensão e exclusão do *jus postulandi* (hipóteses previstas na Lei 8.906/94).

Não bastassem as sanções administrativas, é possível que a conduta seja tão grave que transcenda esta esfera, atingindo o campo da responsabilidade civil, quando configuradas as situações previstas no art. 32³ e 33⁴ da Lei 8.906/94. Esse último artigo impôs aos advogados cumprir deveres como o sigilo profissional, urbanidade, contratação de honorários, e a publicidade dos serviços.

Contudo, a responsabilidade não tem seus fundamentos somente no Código de Ética e no Estatuto da OAB, estando submetida também aos preceitos da Constituição Federal (art. 133⁵ e art 5^o, incisos V e X⁶) e do atual Código Civil (como citado alhures). Desta maneira, os dispositivos mencionados asseguram às partes o suporte jurídico para buscar a reparação dos danos que sofrerem devido a má atuação de seu procurador.

Vale ressaltar que, muito embora o advogado goze de inviolabilidade por seus atos e manifestações, resta consolidado que isto não é um privilégio, restringindo-se

³ Art. 32^o. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa [...].

⁴ Art. 33^o. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina [...].

⁵ Art. 133^o. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

⁶ Art. 5^o. 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 a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]. V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...].

somente à esfera do seu exercício, e se caso exceder seus limites, poderá gerar uma possível indenização.

5.3. Prestação de serviços advocatícios a luz do Código de Defesa do Consumidor

O advogado é um fornecedor de serviços e se sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor⁷ como estabelecem os arts. 2º e 3º⁸. Uma das tendências do Código de Defesa do Consumidor é a adoção da responsabilidade objetiva para todos os tipos de prestações ou fornecedores de serviço. Tal responsabilidade é muito diferente da relação do direito comum das obrigações, a responsabilidade negocial, que culmina em indenização por perdas e danos do inadimplemento culposo ou adimplemento incompleto ou defeituoso.

No entanto, o próprio Código de Defesa do Consumidor impõe exceção a essa diretriz, ao estabelecer que os profissionais liberais, dentre os quais se encaixa o advogado, se sujeitam à responsabilidade subjetiva, conforme art. 14, § 4 do CDC⁹. Assim, mesmo havendo relação de consumo (de serviço), exige-se a verificação de culpa da conduta do advogado, para que se consagre o dever de indenizar. Nesse sentido,

[...] os profissionais liberais, como prestadores de serviços que são, não estão fora da disciplina do Código do Consumidor. A única exceção que se lhes abriu foi quanto à responsabilidade objetiva. E se foi preciso estabelecer essa exceção é porque estão subordinados aos demais princípios do Código do Consumidor – informação, transparência, boa-fé, inversão do ônus da prova (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 491).

⁷ Há julgado isolado do STJ em sentido contrário entendendo que “a atividade profissional desenvolvida pelo advogado não caracteriza relação de consumo, pois além de ser regida por uma norma específica (Lei 8.906/94), não é uma atividade fornecida no mercado de consumo, assim não incide o Código de Defesa do Consumidor (CDC) nas ações que tratam de trabalho advocatício” (STJ RESP 532377, julgado em 21/08/2003).

⁸ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Art. 3º 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 comercialização de produtos ou prestações de serviços.

⁹ Art. 14.º O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos. [...] § 4.º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa.

Em relação à inversão do ônus da prova, uma das mais relevantes normas de proteção ao consumidor é de se ressaltar que não há entendimento unânime. Contudo a doutrina majoritária sustenta que independentemente da responsabilidade ter respaldo na teoria subjetiva ou objetiva, se estiverem presentes todas as condições do art. 6º, do CDC¹⁰, é possível a inversão do ônus probatório.

Convém destacar que mesmo que haja no contrato de prestação de serviços advocatícios cláusula de não indenizar, o Código de Defesa do Consumidor prevê totalmente essa possibilidade em seus arts. 24.º, 25.º e 51.º, inciso I, não podendo, pois, o advogado se eximir de sua responsabilidade utilizando tal artifício.

Questão interessante que, em remate, importa salientar, é a possibilidade de aplicação de sanções administrativas previstas no CDC aos advogados. A seguir um raciocínio simplista, poderia se afirmar que sendo a advocacia um serviço sujeito ao CDC, consequência lógica é sua subsunção às sanções administrativas. Não seria, em tese, possível aplicar um diploma jurídico em uma parte (geral) aos advogados e em outra (especial, no que tratam de sanções) não aplicá-lo.

Entretanto, esse é o entendimento que melhor se apresenta, haja vista que uma interpretação sistemática entre as normas do CDC e os ditames da Lei 8.906/94 faz concluir que “o poder de punir advogado ou estagiário inscritos na OAB por infração disciplinar relacionada com a atividade profissional é exclusivo da OAB, não podendo fazê-lo qualquer outra autoridade constituída, inclusive os magistrados” (LÔBO, 2007, p. 338), conforme art. 44, inciso II da lei 8.906/94¹¹.

6. Algumas hipóteses que geram o dever de indenizar

Conforme dito alhures, é imprescindível para a existência do dever de indenizar que tenha havido culpa, isto é, negligência, imprudência ou imperícia. Assim, a culpa pode se expressar, principalmente, através de erros de fato ou erros de direito. Os primeiros ocorrem quando o advogado desconhece a realidade, entendendo-a de maneira

¹⁰ Art. São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

¹¹ “Promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil”.

diversa. Já os segundos acontecem quando o causídico não observa os preceitos legais por desconhecê-los ou por mal aplicá-los em equívoco.

Assim, sabendo-se que existem dois tipos de erro diferentes com relevância para o campo da responsabilidade, cumpre indagar: o advogado deve responder por quais tipos de erros que cometer no desempenho de seu mandato?

Uma corrente¹² sustenta que quando os erros são graves o profissional sempre responde, seja o erro de fato ou de direito. Já outra corrente¹³ posiciona-se no sentido de que o advogado é somente responsabilizado se o erro for inescusável, seja de fato ou de direito. Este segundo posicionamento é o que prevalece na melhor doutrina.

Somente os erros inescusáveis, entendidos como aqueles que são inadmissíveis para um profissional da área do Direito, fazem nascer o dever de indenizar, pois demonstram incompetência ao atuar. Além disso, o Estatuto da Ordem pune com sanções disciplinares aquele que demonstra ignorância profunda de conhecimentos jurídicos. Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 248) explica:

Em síntese, o advogado deve responder por erros de fato e de direito cometidos no desempenho do seu mandato. O exame de gravidade dependerá do caso sob exame. Erros crassos como perda de prazo para contestar ou recorrer são evidenciáveis objetivamente. Há condutas do advogado, no entanto, que merecem exame acurado. Não devemos esquecer que o advogado é o primeiro juiz da causa e intérprete da norma. Deve responder, em princípio, se ingressa com remédio processual inadequado ou se postula frontalmente contra a letra da lei. No entanto, na dialética do direito, toda essa discussão será profundamente casuística. É fora de dúvida, porém, que a inabilidade profissional evidente e patente que ocasiona prejuízos ao cliente gera o dever de indenizar. O erro do advogado que dá margens à indenização é aquele injustificável, elementar para o advogado médio, tomado aqui também como padrão por analogia ao *bonus pater familias*. No exame da conduta do advogado, deve ser aferido se ele agiu com diligência e prudência no caso que aceitou patrocinar.

Diante desta regra geral, que o advogado somente responde por erros inescusáveis, analisar-se-á a seguir hipóteses especiais que podem evidenciar tal tipo de erro.

¹² Sustentado por Novais Dias (1999, p.34), Aguiar Dias (2006, p. 424).

¹³ Defendida por Rui Stoco (2004, p. 482) e Carlos Alberto Gonçalves (2006, p. 395).

6.1. *Perda de Prazo*

O advogado deve sempre observar os prazos processuais, sob pena de acarretar preclusão e/ou prescrição. Pode-se utilizar como exemplo a perda do prazo para apresentar a contestação no processo civil. Quando o advogado deixa de apresentar a resposta dentro do prazo legal, operam-se normalmente os efeitos da revelia, dentre os quais a presunção de veracidade de todos os fatos alegados pela parte contrária.

A vigilância quanto aos prazos, portanto, é importantíssima e fundamental, por ser questão de direito expresso, respondendo por culpa o advogado que deixar de observá-los, sendo esta uma das causas mais frequentes de responsabilidade de advogados. Paulo Osório Gomes Rocha (2005) defende que

ora, não são raras as situações em que assistimos a um advogado perdendo prazo para contestar ou recorrer; interpondo medida judicial em contraste com a lei ou jurisprudência, cometendo, assim, erros grosseiros de direito ou de fato. Sendo que todas essas ações ou omissões – dolosa ou culposamente – são potencialmente capazes de causar um desequilíbrio jurídico-econômico ao cliente, impondo-se, então, ao advogado negligente ou imprudente o dever de reparar o dano suportado pelo cliente.

Reconhece-se: é uma situação complexa. Deve-se analisar com cautela cada caso concreto, visto a existência de diversos prazos. É considerado um erro grave, de acordo com a Lei 8.906/94¹⁴, art. 34, XVI, e sendo como tal gerará o dever de indenizar.

6.2. *Não-interposição de recurso cabível*

No que diz respeito aos recursos existem duas posições: A primeira¹⁵ diz que independentemente do desejo do cliente, o advogado deve interpor recurso, respondendo em caso de omissão. No entanto, outra corrente¹⁶ diz que se o advogado estiver convencido da justeza da decisão não está obrigado a recorrer. O atual entendimento acerca do tema do Superior Tribunal de Justiça é:

¹⁴ Art. 34 constitui infração disciplinar [...] XVI – deixar de cumprir, prazo estabelecido, determinação emanada do órgão ou autoridade da Ordem, em matéria de competência desta, depois de regularmente notificado [...].

¹⁵ Sustentada por José de Aguiar Dias (2006, p. 89).

¹⁶ Nesse diapasão Caio Mário (1998, p. 207).

Direito civil. Responsabilidade civil do advogado. Indenização. Ausência de interposição de recurso ordinário cabível. O advogado que recebe e aceita mandato que veicula poderes para defender o seu constituinte em juízo assume os deveres e responsabilidades inerentes à sua nobre profissão enquanto atuar no patrocínio da causa. A omissão, sem o consentimento prévio do constituinte quanto à interposição, de qualquer recurso ordinário que se impunha necessário para defesa dos interesses do patrocinado, configura-se desídia de todos os outorgados do mandado judicial, quando os poderes foram conferidos para atuação em conjunto ou isoladamente de cada advogado. Recurso especial não conhecido (Recurso Especial nº 596613, Quarta Turma Cível, Superior Tribunal de Justiça, Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 19/02/2004, publicado em 02/08/2004).

Para Sergio Novais Dias (1999, p. 67), existem alguns requisitos para se ter a responsabilidade no caso de não interposição de recurso: a possibilidade jurídica de o recurso ser aviado, a inexistência de autorização do cliente para que o causídico não interponha o recurso cabível e probabilidade razoável de êxito do recurso. Ainda entende que

verificado os requisitos alhures, imporá ao juiz decidir se o dano ocorrido decorreu realmente - num juízo de probabilidade - do ato ou omissão do advogado. Será preciso, pois, reexaminar, detida e minuciosamente, a questão que seria posta a julgamento para verificar, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, se era provável o êxito da pretensão do cliente (DIAS, 1999, p. 67).

Diante disso, a opção mais segura do advogado, a fim de evitar danos, é informar sua opinião ao cliente e solicitar um posicionamento, pois, quando o advogado não interpõe recurso o cliente vê-se impossibilitado de ter seus interesses reavaliados. Na verdade em todo caso, nunca se saberá qual seria a decisão. Mesmo assim, o advogado, para evitar uma eventual ação de reparação, deve conversar com seu cliente e adverti-lo das possibilidades de insucessos da demanda e formalizar se a decisão for de não recorrer.

6.3. Desobediência às instruções do cliente

O advogado tem total liberdade e independência para conduzir da melhor maneira possível a causa, mas essa independência não pode ser para prejudicar o cliente,

não deve promover, por exemplo, acordo em desconformidade com as instruções dadas. O Tribunal de Justiça de São Paulo já assentou o seguinte entendimento:

Advogado - Transação - Renúncia de parte substancial do crédito do cliente sem o seu consentimento - Responsabilidade pelo dano - Indenização que deve corresponder à diferença entre o montante recebido e o que teria direito o autor - “A desobediência às instruções do constituinte, seja variando as que foram traçadas, seja excedendo os poderes ou utilizando os concedidos em sentido prejudicial ao cliente é fonte de responsabilidade do advogado” (*apud* MANICA, 2007).

Desobedecer às orientações que lhe foram dadas constitui erro de fato, e a responsabilidade restará também caracterizada, uma vez que, discordando dessas instruções, o advogado não renuncia como é de direito.

6.4. Ofensas irrogadas em juízo

A imunidade que é conferida a todos os advogados não é absoluta; se houver ataques pessoais a honra das partes e esses ataques não tiverem pertinência temática¹⁷, a parte que sofrer as ofensas poderá ser indenizada por danos morais ou materiais. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu desta forma:

Para que o advogado cumpra o princípio constitucional da ampla defesa e do amplo contraditório no patrocínio da causa, tem reservada a imunidade profissional, que verte a irresponsabilidade penal e a irresponsabilidade civil, por ofensas irrogadas no processo. O limite da lei tem por baliza o princípio da proporcionalidade, que se define, caso a caso, pela pertinência temática que relaciona a testilha e pelos lindes da retorsão. Se a reclamada ofensa ligar a expressão à pertinência temática da causa e a retorsão não qualificar excesso, reputa-se apropriada a conduta do advogado no desempenho da função. Recurso provido (*apud* ROCHA, 2005).

¹⁷ Nesse sentido julgou-o “para que o advogado cumpra o princípio constitucional da ampla defesa e do amplo contraditório no patrocínio da causa, tem reservada a imunidade profissional, que verte a irresponsabilidade penal e a irresponsabilidade civil, por ofensas irrogadas no processo. O limite da lei tem por baliza o princípio da proporcionalidade, que se define, caso a caso, pela pertinência temática que relaciona a testilha e pelos lindes da retorsão. Se a reclamada ofensa ligar a expressão à pertinência temática da causa e a retorsão não qualificar excesso, reputa-se apropriada a conduta do advogado no desempenho da função. Recurso provido” (Apelação Cível nº 598288785, 5ª Câmara Cível do TJRS, Encruzilhada do Sul, Rel. Des. Clarindo Favretto. j. 23.09.1999).”

A doutrina não diverge:

[...] Tenha-se em mente que será ele indispensável enquanto agir escorreitamente segundo as balizas que o mandato estabeleceu. A inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, para que se estabeleça a imunidade judiciária, pressupõe a prática de atos lícitos permitidos e nos exatos termos da outorga e do âmbito de discussão da causa, até porque se, por um lado, o advogado é inviolável por seus atos, quando no exercício de sua profissão, por outro, toda e qualquer pessoa é inviolável em sua honra (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2009, p. 228).

O seguinte exemplo ilustra bem a exposição: quando o juiz de ofício manda riscar os escritos que foram injuriosos ou alvitantes, em conformidade com o art. 15 do CPC¹⁸, não é pelo fato de estarem riscados que descaracteriza o dever de indenizar. A jurisprudência vem se pronunciando no sentido de responsabilizar o advogado que ofende as partes e principalmente o Juiz, como se vê no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO EXPRESSÕES OFENSIVAS AO JUIZ DA CAUSA EM RAZÕES DE APELAÇÃO - IMUNIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO DANO MORAL - INDENIZAÇÃO CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. O fato de haver o Acórdão proferido no julgamento da apelação determinado fossem riscadas as expressões ofensivas ao Magistrado não afasta o dever de indenizar. A imunidade do Advogado no exercício da profissão - prevista no artigo 133 da Constituição da República e no artigo 7º, § 2.º, da Lei nº 8906/94, não lhe permite assacar ofensas à honra do Juiz da causa. Indenização arbitrada dentro dos critérios da razoabilidade, no valor correspondente a 200 salários-mínimos o mesmo ocorrendo no que se refere ao percentual da verba honorária. Confirmação da sentença. Desprovemento do Agravo Retido, do recurso principal e do recurso adesivo (*apud* ROCHA, 2005).

A Constituição garante de um lado a inviolabilidade do advogado; por outro lado também garante a todos o direito de indenização quando feridas a sua honra, imagem, intimidade, vida privada. Sergio Cavalieri filho (2005, p.378) ensina que “todo direito tem um limite, mesmo os direitos chamados de absolutos, qual seja, o direito

¹⁸ Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las

alheio; e quando esse limite é ultrapassado, configura-se o abuso de direito, ato ilícito gerador de responsabilidade”.

Um posicionamento minoritário, defendido por Arnaldo Rizzardo (2005, p.237), é que “o cliente é que deve ser responsabilizado pelas ofensas do advogado”. Tal entendimento é criticável, pois o representado pode não ter consciência que o advogado ofende outrem em juízo. De acordo com esse entendimento a responsabilidade terá respaldo na culpa *in eligendo*, em que o agente não acerta na escolha de quem irá realizar determinada atividade, encontrando fundamento no art. 932, inciso III¹⁹, do Código Civil. Nesse caso o advogado é considerado como um preposto, já que representa interesse num processo judicial.

6.5. *Ausência injustificada em audiência*

Quando se contrata um advogado é depositada confiança e espera-se do seu representante a melhor solução para a defesa dos seus interesses. A sua contratação pressupõe que ele esteja presente em todas as fases do processo, oferecendo assim segurança. Mas se o advogado, por exemplo, não comparece às audiências, seja de Instrução e Julgamento ou mesmo de Conciliação? Ênio Santarelli Zulliani (2003, p. 144) entende que o cliente “poderá sentir-se traído e órfão da assistência que buscava obter com a presença física do advogado, sem dúvida, fonte de uma perturbação”.

Isso constitui erro grave do advogado, pois o cliente ficará desamparado e inseguro frente à parte contrária, além de ferir toda a confiança depositada, que é o fato mais relevante na contratação, portanto, sem justo motivo a ausência acarretará danos ao cliente ensejando a responsabilidade civil do Advogado.

6.6. *Litigância de má-fé*

A má-fé é uma prática constante de alguns que buscam a protelação de direitos ou interesses juridicamente impossíveis. A conduta de má-fé tem fundamento no art. 17 do Código de Processo Civil, e traz o rol daqueles que reputam como litigantes.

É direcionado em tese, apenas à parte. Mas se o advogado der causa à ocorrência de algumas das hipóteses que caracterizam a má-fé, estaria ele imune?

¹⁹ Art. 932 São também responsáveis pela reparação civil [...] III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2007, p.213) entendem que “a norma não sanciona o advogado da parte, de modo que se esta for reputada litigante de má-fé por conduta de seu advogado, terá de indenizar a parte contrária, podendo exercer o direito de regresso contra o advogado”.

Pode-se utilizar como exemplo o ajuizamento de lide temerária, que segundo José Naufel (2000, p. 573), significa “ação que alguém propõe de má-fé, sem legítimo interesse moral e econômico ou sem justa causa, causando danos a outra parte indevidamente chamada em juízo”. Nesse conceito encontra-se uma noção de litigância de má-fé.

Rui Stoco (2004, p. 486) completa dizendo: “o advogado também poderá ser responsabilizado por atuação temerária e de má-fé, mediante dolo ou culpa grave”.

Portanto, se o dano processual for em razão do procurador e a parte for condenada ao pagamento de multa indenização por litigância de má-fé, gerará o dever de indenizar tendo o direito de regresso contra o advogado que lançou mão dos seus expedientes.

6.7. Responsabilidade por conselhos e pareceres

Percebe-se, no cotidiano, certa postura preventiva tanto de pessoas como de empresas pela busca de conselhos e pareceres jurídicos, com o intuito de principalmente evitar prejuízos e problemas judiciais.

Um parecer que seja desautorizado ou que esteja em discordância com a doutrina, lei ou mesmo a jurisprudência, gera o dever de reparar, pois o cliente seguiu o raciocínio do advogado acreditando que seria a melhor solução. A posição de Giovanni Carter Manica (2007) em relação ao tema é: “os conselhos e pareceres devem estar de acordo com a jurisprudência, com a lei ou pela doutrina, e, além disso, o parecerista deve embasar e fundamentar com toda cautela, a indagação de seu cliente”.

Existem dois posicionamentos acerca do tema. Alguns doutrinadores entendem que o advogado somente vai ser responsabilizado por conselhos e pareceres quando agir com dolo. Mas há doutrinadores que alegam que qualquer aconselhamento equivocado poderia dar ensejo a uma reparação, pois está relacionado com exercício da profissão.

O melhor entendimento é que, de fato, os pareceres contrários à lei, jurisprudência e doutrina levam o advogado, que deveria ter agido com mais prudência e estar

atualizado com as mudanças no âmbito jurídico, a reparar os danos causados, pois acarretará prejuízos ao cliente, talvez irreparáveis.

6.8. *Perda de uma chance*

A teoria da perda de uma chance oriunda dos Tribunais Franceses, ao julgarem erros médicos. A partir de reiteradas decisões foi formulado um princípio básico, que o médico para ser responsabilizado não teria de perder todas as chances de curar o paciente, bastava tão-somente uma.

Essa teoria passou a ser analogicamente aplicada aos profissionais liberais por alguns tribunais brasileiros. Perda de uma chance, então, “é o erro de direito que o advogado comete por não ser atento, diligente, no seu exercício profissional. Neste caso o cliente é privado de seu direito ou tem sua pretensão prejudicada pela má atuação de seu mandatário” (MANICA, 2007).

Na verdade seria a perda de um bem futuro, ou de um provimento que seria favorável. É, também, uma das causas mais frequentes de responsabilidade civil do advogado. De fato não é qualquer chance perdida que irá gerar uma indenização. Deve haver um grau de probabilidade de sucesso, pois uma mera expectativa ou uma mera possibilidade não irão conduzir a uma compensação de ordem econômica.

O prejuízo que o cliente irá sofrer tem caráter de dano emergente, e não de lucro cessante, uma vez que não se pode afirmar que o realmente o prejudicado alcançaria a vantagem pretendida. É algo quase “estatístico”, já que no decorrer do tempo pode acontecer algum caso fortuito ou força maior, o qual não poderia ser evitado por quem sofreu a perda de uma chance. O critério de fixação da indenização é, portanto, a verossimilhança.

Uma maneira de amenizar essa questão seriam as súmulas vinculantes, que foram inseridas após a Emenda Constitucional de 45. Se o cliente lesado move uma ação, e o Órgão Julgador estiver editado súmula, com situação fática idêntica, restará claro que deveria julgar com o que está de acordo com a súmula. Passar-se-ia da mera verossimilhança para um grau de certeza. Todavia, como é impossível tratar, em súmula vinculante, todos os casos de responsabilidade do advogado, ainda assim deve permanecer a ideia da perda da chance vinculada à incerteza das decisões judiciais, por não haver um dispositivo específico tratando acerca do tema.

Importante ressaltar que em relação ao *quantum* indenizatório, não se pode ter

relação com a pretensão do cliente, exatamente por não se saber se a mesma seria acolhida na integralidade. Assim, aplica-se método de avaliação do *quantum* semelhante ao do dano moral. Confira-se:

Como no dano moral, o valor da indenização pela perda de uma chance será arbitrado pelo juiz. Para isso, levará em conta, com base nos fatos provados nos autos e na sua convicção, as probabilidades reais de atingimento, pelo autor da ação, do resultado esperado. Quanto maiores essas possibilidades, maior deve ser o valor da indenização (MELO, 2007).

7. Conclusão

No presente estudo foram apresentados diante das divergências doutrinárias os entendimentos de ambas as correntes. Além disso, a adoção de algum posicionamento no decorrer do trabalho não significa o esgotamento do mesmo, visto que sempre se encontra outros entendimentos diante da complexidade do assunto abordado.

Foi possível notar durante o trabalho que o advogado é elevado ao plano constitucional com sendo indispensável à justiça. Nesse sentido, mais do que nunca, deve ter ciência de todos os riscos que decorrem do exercício da profissão, e nunca se esquecer das prerrogativas previstas na Constituição Federal, no Estatuto da OAB e do Código de Ética e Disciplina. Mesmo sujeito ao regime do Código do Consumidor, o advogado como fornecedor de serviços não se sujeita à responsabilidade objetiva, embora o ônus da prova possa ser invertido.

Foram apresentadas algumas hipóteses de responsabilidade civil do advogado e algumas teorias que se encontram ainda em formação, como a perda de uma chance, teoria que vem sendo cada vez mais aceita no nosso ordenamento jurídico. A matéria, então, ainda continua sendo tema de profunda pesquisa de estudiosos. Fato é que, para se falar em responsabilidade civil do advogado, revela-se imprescindível a constatação de erro inescusável, seja de fato, seja de direito.

Finalmente, considerando que o escopo do estudo foi colocar em evidência erros comuns, avaliando-os sob o aspecto da responsabilidade civil, espera-se ter contribuído para a discussão do assunto, ainda que não tenha sido possível esgotá-lo, pois por meio da reflexão é que buscará atingir a melhor interpretação.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 596613/RJ. Recorrente: Alcêo de Barros e outros. Recorrida: Jurema Veríssimo da Motta Mesquita. Relator: Min. César Asfor Rocha. Brasília, 19 de fevereiro de 2004. *DJ*, Brasília, p. 411, 02 de agosto de 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005

CORTEZ, Alexandre Tavares. Responsabilidade civil do advogado. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, n. 768, 11 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7159>>. Acesso em: 16 out. 2009.

CORREIA, Jadson Dias. Responsabilidade civil do advogado. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=662>>. Acesso em: 05 out. 2009.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance*. São Paulo: LTR, 1999.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007 .

DICIONÁRIO Jurídico. 3 ed. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1995.

DICIONÁRIO Aurélio. Disponível em <<http://www.dicionariodoaurelio.com>> Acesso em 15 set. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da OAB*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MAMEDE, Gladston. *A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1.

MANICA, Giovani Carter. A responsabilidade civil do advogado perante seu cliente por ato praticado no exercício da profissão. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1427, 29 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9942>>. Acesso em: 14 out. 2009.

MELO, Raimundo Simão de. Indenização por perda de uma chance. *Boletim Jurídico*, Uberaba, ano 5, n. 224, 22 abril 2007. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>> Acesso em: 14 out. 2009.

NÁUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RIBEIRO, Alex Sandro. A responsabilidade civil do advogado e o código consumerista. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3834>>.

Acesso em: 16 out. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROCHA, Paulo Osório Gomes. Responsabilidade civil do advogado: aspectos jurídicos da sua má atuação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 566, 24 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6208>>. Acesso em: 10 out. 2009.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007 .

ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade Civil do Advogado. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre, n. 21, jan./fev de 2003.

Comportamentos socialmente típicos e sistema social: complexidade, contingência e confiança

Socially typical behaviors: complexity, contingency and liability

André Pedrolli Serretti

Acadêmico do 9.º período da Faculdade de Direito Milton Campos.
Pesquisador-bolsista pela FAPEMIG. e-mail: andrepedrolli@yahoo.com

Resumo: O presente artigo discorre sobre os comportamentos socialmente típicos, comportamentos sociais uniformes que geram obrigações, independentemente de sua previsão normativa expressa. Calçados na proteção da confiança nas expectativas normativas comuns à maioria dos membros da sociedade, apresentamos as teorizações do jurista alemão Günther Haupt, por nós fundamentadas a partir de formulações teóricas posteriores, oriundas da Sociologia do Direito, referentes ao marco teórico: função do direito como estabilizador de expectativas normativas, da teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Ao prever como vinculantes tais comportamentos, a proteção da confiança, fundamento do Estado Democrático de Direito, é preservada pelo subsistema do Direito e pelo sistema social.

Palavras-chave: Comportamentos Socialmente Típicos. Teoria dos Sistemas Sociais. Proteção da Confiança.

Abstract: The present paper argues on the socially typical behavior and the uniform social behavior that produce obligations, independently from its express normative prevision. Based on the protection of liability in the normative expectations common to most members of society, we present the theories of the German jurist Günther Haupt, founded on later theoretical formulations, that come from the Sociology of Right, and refer to the theoretical mark: function of the right as stabilizer of normative expectations, of Niklas Luhmann's theory of Social Systems. By foreseeing such behaviors as entailing, the protection of liability, a fundament of a democratic state of right, is preserved by the subsystem of right and by the social system.

Keywords: Socially typical behavior. Theory of social systems. Protection of liability.

Introdução

O contrato, como espécie de negócio jurídico, deve obedecer aos requisitos deste, que são: capacidade do agente; licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto; e forma prescrita ou não defesa em lei¹. Para que um contrato tenha validade, deve

¹ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 2002, Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente

ele observar os requisitos anteriormente mencionados, em regra.

Pensemos agora na função do Direito em nossa sociedade, e visualizamos de pronto que esta é trazer segurança às relações sociais, por meio da seleção racional de expectativas de conduta razoáveis e ponderadas (LUHMANN, 1983: 45), segundo os padrões culturais de determinada sociedade, e institucionalização destas, através da criação de normas (LUHMANN, 1983: 54). É isso que ocorreu quando o legislador, por exemplo, previu os referidos requisitos de validade do negócio jurídico. A confiança na norma estabilizada, que a institucionalização normativa gera, e a segurança de que poderemos seguir nos orientando pela expectativa ora selecionada, referente aos requisitos de validade do negócio jurídico, embasam a criação de disposições normativas. No que tange à norma em questão, por razões óbvias, não se pode admitir, em um estado que segue o modelo democrático de Direito², que incapazes negociem, que objetos ilícitos ou imorais sejam transacionados e, quando prevista forma segura de elaboração do negócio, seja ela não observada.

Teoria dos Sistemas Sociais e Diferenciação de Expectativas

Ao Sistema Social não é permitido estabelecer mandamentos calcados em verdades universais, pois existem regras morais de observância obrigatória, apoiadas tão somente no argumento da impossibilidade de convivência, caso não sejam observadas. À medida que as ciências sociais avançam, nasce a necessidade de justificação do direito e de sua conseqüente limitação da liberdade individual, necessários ao convívio em sociedade. Nessa ordem de ideias, Niklas Luhmann observa que o que diferencia o direito das regras morais é a mera obrigatoriedade subjetiva destas. O direito é definido como uma vivência do dever-ser com determinadas características adicionais, algo que conclui ser insuficiente para justificar teoricamente o porquê das normas jurídicas, em especial por não determinar o significado, a função, a extensão e a experimentação sensorial de tal dever-ser.

Para o referido autor, a relação do homem com o mundo é constituída de forma sensorial, o que nos remete a condições estruturais prévias ao direito e permanentes,

capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988, art. Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...).

por ele denominadas expectativas, que se diferenciam entre expectativas cognitivas e normativas. As cognitivas diferenciam-se das normativas por preverem a assimilação de suas frustrações, e estas se caracterizam por serem mantidas, apesar de sua não-satisfação. A relação sensorial do homem com o mundo apresenta a ele uma gama de possíveis experiências e ações. Sempre haverá mais possibilidades do que se pode realizar, mas a ação humana deve se pautar por uma delas (complexidade), e as possibilidades apontadas para as diversas experiências poderiam ser diferentes das esperadas, gerando possibilidades de desapontamentos (contingência). Ou seja, complexidade é a seleção forçada de expectativas e contingência é o perigo de desapontamento e a assunção de riscos desta seleção (LUHMANN, 1983: 45).

Nesse universo complexo e contingente, a estabilização das ações humanas se dá na forma de criação de estruturas de assimilação da realidade exterior, denominadas de expectativas. O homem pauta a sua conduta pela expectativa que tem do resultado a ser atingido por esta. Com o convívio social, tem a oportunidade de captar expectativas alheias e de determinar sua conduta, para a obtenção dos resultados desejados, a partir das expectativas de conduta alheias, assim criando expectativas sobre expectativas. Agindo dessa maneira, o homem potencializa o risco de ver suas expectativas frustradas. De tal forma, a contingência simples se transforma em dupla contingência, como possibilidade de frustração de expectativas sobre expectativas alheias (inconfiabilidade).

O trato social somente é viável por meio da dupla contingência, pois caso contrário, nossas ações careceriam de parâmetros exteriores para satisfazer nossas expectativas de ação no convívio social. É justamente na área de integração entre satisfação e desapontamento daquilo que se espera do outro, e da avaliação do significado do comportamento próprio em relação a expectativas alheias, que se localiza o direito. "Quem pode ter expectativas sobre expectativas de outros pode ter um acesso mais rico em possibilidades ao seu mundo circundante, e apesar disso, viver mais livre de desapontamentos" (LUHMANN, 1983: 48).

Algo que ocasiona grande número de frustrações é o fato de a seleção de expectativas ser feita por cada indivíduo de maneira subjetiva, sem parâmetros determinados *a priori* e, em regra, sem racionalidade. Mesmo assim, a seleção de expectativas, inclusive de expectativas sobre expectativas, é necessária ao convívio em sociedade, visto que reduz o nível de incerteza nas relações sociais. É importante que se consiga uma simplificação dessas estruturas por meio de uma redução generalizante, de forma

anônima e impessoal, independentemente de seu destinatário, seja através da verbalização na forma de dever-ser ou de regras de trato social. A segurança em relação às expectativas das expectativas, e secundariamente, a segurança sobre o comportamento alheio, é base imprescindível de todas as interações sociais. As sínteses comportamentais anonimizadas (regras) conduzem à segurança na seleção de expectativas, visto que “a orientação a partir de regras dispensa a orientação a partir de expectativas.” (LUHMANN, 1983: 53). Com a regra, há redução de riscos de erros na seleção de expectativas a serem observadas, porque, devido a ela, pode ser definido que aquele que dela diverge age erroneamente, que a conduta desviante foi a conduta alheia, e não pessoal, ao ter selecionado determinada expectativa consoante com a regra.

A vigência das normas fundamenta-se na impossibilidade fática de realizar isso (a simplificação) em todos os momentos e para todas as expectativas de todas as pessoas. Dessa forma, a vigência de normas reside em última análise na complexidade e na contingência do campo da experimentação, onde as reduções exercem a sua função (LUHMANN, 1983: 53).

A seletividade operada pelo sistema transforma o indefinido em palpável. À medida que alivia o indivíduo em grande parte do exame próprio das alternativas de como se conduzir, ela também restringe suas possibilidades de opção, devido ao fato de tal indivíduo, geralmente inconscientemente, se limitar às escolhas tomadas por outros. Na maioria das vezes, as estruturas (expectativas de expectativas) são simplesmente aceitas, ou seja, não são apreendidas como decisões seletivas, e mesmo quando simplesmente aceitas ou vivenciadas, não perdem sua carga de seletividade, pois fica evidenciado, quando ocorrem desapontamentos, que existiam outras possibilidades. A sobrecarga permanente da complexidade se transforma no problema da experimentação eventual do desapontamento, contra o qual pode ser feito algo concreto.

Inerente à seleção de expectativas encontra-se a possibilidade de desapontamento. Portanto, a racionalização da seleção de expectativas envolve a ponderação entre uma complexidade (seleção forçada) sustentável e a carga suportável de desapontamentos, ou seja, aceitação de riscos.

Especialmente em um mundo com crescente complexidade e contingência, isso (seletividade com assunção de risco) poderia conduzir a um nível insustentável de tensões e problemas de orientação, caso o sistema social da sociedade como um todo não apre-

sentasse duas possibilidades contrárias de desapontamentos de expectativas (LUHMANN, 1983: 55).

Tais possibilidades são referentes às diferentes possibilidades de assimilação aos desapontamentos das expectativas cognitivas e normativas. Assim, se as consequências dos desapontamentos de todas as expectativas fossem unicamente a sua manutenção, o convívio social seria inviável devido à existência de enorme número de desapontamentos “intoleráveis”.

As normas são expectativas normativas que, apesar de desobedecidas, continuam a ser de observância geral obrigatória, por isso são contrafáticas. “As normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos” (LUHMANN, 1983: 57).

A vigência da norma, como expectativa institucionalizada, não depende de sua observação ou de sua frustração (contrafaticidade). “O símbolo do dever-ser expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do dever-ser” (LUHMANN, 1983: 57). O desapontamento é primeiramente fático, podendo ou não ser normativo.

A relevância e as chances de realização da expectativa selecionada são fatores determinantes da opção de sua manutenção ou não, quando desapontadas. Tal opção é incentivada pela sociedade, ao não censurar seus membros quando se adaptam ao desapontamento e renunciam a tal expectativa (cognitiva), ou ao fomentar a reação deles à conduta desviante e à manutenção de tal expectativa (normativa). A sociedade deslocará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais à segurança e à integração social de expectativas. O alto grau de complexidade e contingência torna-se suportável, devido à redução de riscos de desapontamentos por meio do estabelecimento prévio da consequência deste desapontamento (assimilação ou não do desapontamento), ou seja, de diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas. Precisamente, é o fato de a diferenciação entre o cognitivo e o normativo somente ser possível de ser constatado quando ocorre o desapontamento, e a existência de um amplo campo de expectativas raramente desapontadas, que a definição prévia do caráter cognitivo ou normativo de certa expectativa se torna desnecessária. “O desapontamento pode então levar à formação de normas através da normatização *a posteriori*.” (LUHMANN, 1983: 59). Essa é a forma de pensar o surgimento do direito a partir de desapontamentos. O sistema de-

ve garantir mecanismos de real e rápida assimilação de expectativas cognitivas desapontadas, e de demonstração da sustentação de expectativas normativas desapontadas.

É essencial, em uma sociedade complexa e contingente, que estruturas seletivas reduzam a complexidade e a contingência, e é justamente por isso que a não-satisfação de expectativas institucionalizadas se torna um problema. Tal problema é a ameaça à vigência da norma como redutora de complexidade da expectativa estabilizada, que faz reaparecer a complexidade das possibilidades e a contingência do poder de atuar diferentemente do escolhido, e gera descrédito à história de comprovações acumuladas. “Desapontamentos levam ao incerto” (LUHMANN, 1983: 63): aí se torna inegável e evidente que expectativas são apenas expectativas. A reação ao desapontamento de expectativas normativas não pode simplesmente ser deixada a cargo dos mecanismos individuais e psicológicos dos desapontados: o desapontado pode, tentando salvar suas expectativas, desapontar legítimas expectativas alheias, gerando mais perigo de ocorrência de desapontamentos que o restabelecimento de sua expectativa desapontada. O sistema social deve orientar e canalizar o processo de desapontamento de expectativas, não só impondo expectativas a serem observadas, mas também estabelecendo a possibilidade de que a manutenção de expectativas normativas estabilizadas se antecipe a possíveis desapontamentos. “A expectabilidade das expectativas dos outros é, assim, uma sólida conquista do convívio humano” (LUHMANN, 1983: 65).

Além de definir normas sob ameaça de sanção, deve o Sistema Social antecipar-se a possíveis comportamentos tendentes a gerar desapontamentos, e determinar se e quando será possível manter a expectativa desapontada (institucionalização). Mesmo não atendida, a expectativa deve ser manifestada, permanecendo, de tal forma, intacta. A antecipação da reação ao desapontamento deve disponibilizar comportamentos alternativos, por meio dos quais se possa expressar a continuidade da vigência da expectativa desatendida. O fato de o comportamento desapontador ser sentido como um desvio confirma a norma. Trata-se de uma modalidade de “imputação da discrepância”, na qual se conclui que não era a expectativa que estava errada, mas, sim, o comportamento que contrariou a norma na qual a expectativa se encontrava apoiada. “A norma permanece, e a causa do desapontamento reside no comportamento divergente” (LUHMANN, 1983: 69).

Assim, nasce a necessidade de distanciar-se simbolicamente a expectativa da conduta divergente, por meio do reconhecimento da excepcionalidade do desapontamento, para não se colocar em xeque a continuidade da expectativa institucionalizada.

O desvio, que é um fato, somente pode ser neutralizado se tratado como fato desprovido de significado valorativo. Porém, poderá haver a justificação do desapontamento, e dessa forma, sua atribuição de sentido. Sua função é justamente possibilitar a manutenção da expectativa apesar do seu desrespeito. Tal justificativa depende da análise de fontes sociais de sua plausibilidade e racionalidade.

Mesmo que queira, o desapontado não pode ignorar a realidade, mas pode não admiti-la. Ele pode manifestar sua não-aceitação do desapontamento por meio de sua conduta no sentido de reafirmar a expectativa inobservada. Nos casos mais simples (expectativas cognitivas), a mera verbalização da expectativa já é suficiente, de forma que seguimos não mais nos preocupando com o desapontamento. Nos mais complexos (expectativas normativas), exige-se argumentação mais acurada para justificar o desapontamento. A sanção se faz necessária quando o desapontamento não comportou justificação ou quando a conduta desviante direcionou-se evidentemente contra a norma. Mas, mais importante que a imposição de uma expectativa, é a sua manutenção como provida de obrigatoriedade: "(...) a personalidade humana sempre depende da estabilização normativa de suas estruturas seletivas" (LUHMANN, 1983: 75).

A contribuição da estrutura observada a partir de expectativas, para o desenvolvimento de sistemas complexos, está relacionada à sua tendência a dilatar as possibilidades de captação da realidade exterior e de ação, juntamente com sua interação contrafática. Essa contribuição fundamenta-se nas necessidades do convívio social, em sua necessidade elevada de expectativas normativas, que leva a uma superprodução (LUHMANN, 1983: 76).

O procedimento de institucionalização de expectativas funciona como um filtro, que tem por finalidade separar o que constitui expectativa normativa do que é mera expectativa cognitiva, para fins de incidência da norma cogente. A sociedade é concebida como um grande sistema autopoietico formado por outros vários subsistemas também autopoieticos, tais como o sistema da economia, do direito, da saúde *et caetera*, que são responsáveis pela institucionalização de suas próprias expectativas.

Um sistema é autopoietico quando ele mesmo produz seus próprios componentes, tais como os processos de produção de sentidos de seus elementos e de escolha de expectativas. A autopoiese não isola tais sistemas, mas sim, promove a possibilidade de comunicação entre eles, para a troca de informações que visa ao aprimoramento de suas funções. A comunicação influencia os processos internos próprios dos sistemas, mas não

os determina. Isso nos leva a concluir que os sistemas sociais são operativamente fechados, mas cognitivamente abertos. Assim leciona Luhmann:

La noción de autopoiesis comprende no sólo las relaciones más o menos consolidadas entre los elementos, sino también los elementos mismos, resultantes de la reproducción correlativa del sistema. Un sistema autopoietico puede representarse entonces como algo "autónomo", sobre la base de una "organización cerrada" de reproducción auto-referencial. Clausura y auto-referencia se relacionan en un nivel formado por la síntesis de elementos, y no niegan en modo alguno la dependencia respecto al entorno a otros niveles. Queda claro, no obstante, que en el ámbito de los sistemas autopoieticos, la clausura circular interna es condición sine qua non para la continuidad de la auto-reproducción del sistema y que el cese de la misma significaría la muerte (LUHMANN, 2005b: 105).

O que faz com que estes sistemas funcionem bem é justamente a observância por todos os indivíduos que os compõem às expectativas normativas que competem a cada um, ditadas pelo ordenamento jurídico. Assim, é o subsistema do Direito quem tem a função de estabelecer as expectativas normativas gerais a serem observadas por todos os indivíduos, de todos os sistemas, a fim de que o sistema social funcione, respeitado o âmbito de atuação específico de cada sistema.

Comportamentos socialmente típicos como justificativas racionais a desapontamentos

O Sistema Social e o Subsistema do Direito devem estabelecer mecanismos de proteção da confiança na dupla contingência, assim reduzindo o grau de incerteza na sociedade.

Tendo em vista a confiança nas relações sociais estabilizadas em expectativas normativas, mesmo que não institucionalizadas através de positivação, mas presentes no ordenamento jurídico como critério de hermenêutica e integração deste, consubstanciado no objetivo de pacificação social do direito, estariam presentes, no âmbito de subsunção da norma em questão, de maneira justa e coerente, todos os casos de aferição dos requisitos de validade do negócio jurídico?

Forçoso é concluir que não, após a análise do seguinte exemplo. Caso um abso-

lutamente incapaz, por força de sua idade³, comprasse alimentos para se sustentar, não estaria obrigado a por eles pagar. De fato, se nos ativermos rigorosamente às disposições normativas atinentes ao caso, utilizando a simples subsunção, em extremo fetichismo positivista, concluiríamos, absurdamente, que o incapaz não poderia ser obrigado a pagar por seu alimento, visto que o contrato de compra e venda que celebrou seria nulo de pleno direito.

Foi observando situações como estas que, em 1941, o jurista alemão Günther Haupt teorizou o que chamamos de vinculações, ou obrigações, através de comportamentos socialmente típicos (MENEZES CORDEIRO, 1980: 29). Esta é uma das formas de relação social de fato. Tais relações são situações que, embora a manifestação de vontade esteja em desacordo com as normas positivadas referentes aos requisitos de validade do negócio jurídico, devem ser considerados como se contrato fossem, sob pena de se ferirem objetivos basilares do Direito, tais como a proteção da confiança e da boa-fé objetiva.

A justificativa para a atribuição de validade ao ato que viola a regra atinente ao requisito capacidade do negócio jurídico se encontra justamente na conclusão de que tal valoração positiva é plausível e racional, considerando que sua fonte social é a consideração de que o respeito a comportamentos sociais uniformes é essencial ao funcionamento do sistema social.

O comportamento socialmente típico referente à atribuição de capacidade ao incapaz, nos estritos moldes já definidos, se constitui em expectativa normativa social, porém não institucionalizada através da criação de regra específica. A manutenção de sua validade, pelo subsistema do direito, contribui para o adequado funcionamento do sistema social, ao passo que sua violação vai de encontro a tal operatividade.

Vale lembrar que a confiança é a base de qualquer comportamento ou relação social. Sem ela, no dizer de Luhmann, sequer nos levantamos pela manhã (LUHMANN, 2005a: 5).

Conclusão

Caso seja aplicado o mero silogismo da norma civil, chegaríamos ao absurdo da violação da confiança em expectativas normativas bem arraigadas em nossa sociedade,

³ BRASIL. *Lei n.º 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos.

embora ainda não positivadas, e na esdrúxula tutela de comportamentos antijurídicos, o que não é coerente com o modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela República, com o funcionamento do sistema social, nem com qualquer ordenamento jurídico ocidental.

A hermenêutica jurídica deve transcender a letra de lei para alcançar valores superiores, objetivos do Estado Democrático de Direito, tais como a proteção da confiança e a busca pela coerência da materialização do Direito em relação à funcionalidade do sistema social no qual está inserido.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o código civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 2005a.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 2005b.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Direito das obrigações*. Lisboa: AAFDL, 1980, vol. II

Resíduos de serviços de saúde e as normas que regulamentam sua disposição no meio ambiente

Health services residues and the norms that regulate their disposition in the environment

Andréia Pacheco Barbosa

6º período de Direito da Faculdade de Direito de Patos de Minas.
e-mail: andreiapachecob@yahoo.com.br

Júlio César Severo e Silva

6º período de Direito da Faculdade de Direito de Patos de Minas.
e-mail: julio_severo23@yahoo.com.br

Karoline Rocha Ferreira

6º período de Direito da Faculdade de Direito de Patos de Minas.
e-mail: kakalrochakaroline@hotmail.com

Marcos Soares Silva

6º período de Direito da Faculdade de Direito de Patos de Minas.
e-mail: marcos_unipam@yahoo.com.br

Maria Carolina de Melo Santos

6º período de Direito da Faculdade de Direito de Patos de Minas.
e-mail: lpgnr@hotmail.com

Resumo: Considerando a intensidade das degradações sofridas pela natureza ao longo dos tempos, várias leis vêm sendo editadas com o intuito de diminuir os impactos da ação humana, objetivando a preservação do meio ambiente. Dentre as legislações mais recentes, estão as resoluções que regulamentam a destinação dos resíduos dos serviços da saúde, a fim de que se evite seu depósito irregular, considerando seu grau de periculosidade e potencial lesivo não só ao meio ambiente, mas aos seres vivos de um modo geral. Com o intuito de estudar mais profundamente este assunto, posto que efetivamente presente em nosso dia a dia e em todas as discussões referentes à preservação da natureza, o presente trabalho propõe uma análise sobre as resoluções editadas pela Anvisa e pelo Conama, bem como o modo como se efetivam tais normas em nossa cidade.

Palavras-chave: Legislação. Saúde pública. Resíduos.

Abstract: Considering the intensity of degradations suffered by nature during the years, many laws have been edited with the intention to decrease the impacts of hu-

man action, aiming the preservation of environment. Among the most recent laws are the resolutions that regulate the destination of residues of health services, so as to avoid its irregular deposit, considering its degree of danger and injurious potential not only to environment, but to living beings in general. With the objective to study deeply this matter, for it is effectively present in our daily life and in all discussions referring to the preservation of nature, the present work proposes an analysis on the resolutions edited by Anvisa and Conama, as well as the way such norms have been put into effect in our town.

Keywords: Legislation. Public Health. Residues.

1. Introdução

Nos dias atuais, o planeta Terra tem sofrido graves alterações provenientes das ações humanas. Possivelmente, um dos maiores problemas que vem sendo enfrentados é a poluição gerada pelos resíduos eliminados de maneira tão leviana pela população. Visando a proteger o meio ambiente, várias normas foram editadas para que fosse possível erradicar ao máximo a degradação advinda da liberação desses resíduos, principalmente dos eliminados pelos serviços da saúde. Mas esse tipo de resíduo tão peculiar realmente exige um tratamento diferenciado? Como ocorre o processamento e destinação destes Resíduos de Serviços de Saúde (RSS)?

Constituem-se como objetivos deste trabalho fazer uma breve análise sobre resíduos em geral e, mais profundamente, sobre os da saúde, dando ênfase ao que a legislação brasileira atual dispõe sobre o tratamento destes.

A necessidade do presente trabalho justifica-se pela carência de estudos relativos ao assunto, dada sua tamanha importância, haja vista a necessidade atual de se buscar alternativas e tratamentos de menor potencial poluidor para o meio ambiente.

Com o intuito de viabilizar o efetivo cumprimento dos objetivos acima listados, várias resoluções, portarias e demais espécies normativas referentes aos resíduos em geral e, mais especificamente, aos RSS serão utilizadas, de modo que seja possível fundamentar juridicamente as argumentações, pesquisas e conclusões que forem feitas.

2. Resíduos

2.1. Conceito

Resíduo é um material considerado supérfluo e sem valor, gerado pelo homem ao praticar as diversas atividades do cotidiano, e o qual precisa ser eliminado.

A idéia sobre o que venha a ser resíduo pode ser considerada uma concepção humana, uma vez que em processos naturais não há lixo, apenas produtos inertes. Grande parte desses resíduos pode ser reciclada, desde que adequadamente tratada, o que contribui para a diminuição da poluição ambiental. Entretanto, é válido salientar que nem todos os resíduos são passíveis de reaproveitamento, a exemplo dos hospitalares e nucleares.

2.2. Tipos de resíduos

Os resíduos podem ser divididos em duas classes, de acordo com sua composição ou de acordo com sua origem. Enquadram-se na primeira classe os resíduos orgânico, inorgânico, tóxico e altamente tóxico.

O resíduo orgânico é aquele que tem origem animal ou vegetal, devendo ser analisado sob um prisma biológico. Ele, além de se tornar um grande poluente quando não armazenado em um local propício, provoca um cheiro altamente desagradável ao entrar em decomposição. Esse tipo de resíduo, entretanto, mostra-se muito eficiente quando reaproveitado para produção de adubo ou certos tipos de combustíveis.

Por sua vez, o resíduo inorgânico é todo material que não tem origem biológica ou que é fabricado pelo homem, como plástico, vidro etc. Sua capacidade de decomposição é pequena e demorada, sendo necessário que haja um tratamento que minimize seu potencial poluidor. Uma das alternativas que vem sendo adotadas hoje é a utilização de produtos biodegradáveis que agridem menos o meio ambiente, além da própria reciclagem, posto que plásticos, vidros e papéis podem ser reaproveitados.

O resíduo tóxico é aquele que pode causar sérios danos não só ao meio ambiente, mas à saúde dos seres humanos, devido às suas toxinas liberadas no ar, na água e na terra. Por esse motivo, ele deve receber tratamento especial antes de descartado, a exemplo do que ocorre com as pilhas e as baterias.

Por fim, o resíduo altamente tóxico é aquele que, assim como o tóxico, necessita receber um tratamento especial. A diferença entre ambos é que este apresenta uma maior periculosidade, devendo ser isolado ou incinerado, como o resíduo nuclear e o hospitalar.

Na classificação segundo a origem, encontram-se os resíduos doméstico, urbano, industrial, nuclear e hospitalar.

O resíduo doméstico é o resíduo decorrente das atividades residenciais e que

tem, em geral, 60% de resíduo orgânico. Esse tipo de resíduo também configura, como resíduo sólido urbano, que engloba, ainda, os resíduos produzidos em instalações públicas, comerciais, restos de construções, demolições etc.

O resíduo industrial, por sua vez, é aquele produzido pelas indústrias e que pode gerar sérios problemas para o meio ambiente. Entretanto, não há outro tipo de resíduo mais prejudicial tanto ao ambiente, quanto ao ser humano, que o nuclear e o hospitalar, ambos de alta periculosidade e que requerem medidas especiais de tratamento e destinação, como o que ocorre com os restos de combustíveis nucleares, seringas, bisturis etc.

3. Resíduos de Serviços de Saúde – RSS

3.1. Conceito

Os resíduos de serviços de saúde (RSS) são definidos como sendo os resíduos produzidos em unidades de prestação de cuidados de saúde. No entanto, nas empresas prestadoras desse tipo de serviço, nem todo o lixo é hospitalar propriamente dito, pois há o lixo proveniente de setores administrativos, por exemplo, que caracterizam a classe de resíduos urbanos.

Os RSS, então, seriam a porção que pode estar contaminada com vírus ou bactérias patogênicas das salas de cirurgia, curativos em geral, resíduos de clínicas dentárias, de laboratórios, ambulatórios, veterinários e até de necrotérios.

Devido às suas particularidades, os RSS necessitam de processos diferenciados em seu manejo, exigindo-se tratamento prévio à sua disposição final. Para isso, os estabelecimentos de saúde devem ter um responsável técnico que faça seu gerenciamento de forma adequada.

O RSS representa perigo à saúde humana e ao meio ambiente, uma vez que os hospitais e clínicas, além de produzirem lixo que pode estar infectado ou contaminado, desfazem-se cotidianamente de drogas e remédios que não mais podem ser ingeridos pelas pessoas.

3.2. Legislação

Até alguns anos atrás não havia um acordo entre o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e a Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa) a respeito da destinação dos resíduos produzidos por estabelecimentos de serviços de saúde.

Várias resoluções de ambos os órgãos já haviam sido publicadas, mas, muitas vezes, o cumprimento de uma acarretava o descumprimento de outra devido à discordância entre os órgãos.

Em 2004, no entanto, houve uma ação integrada entre Anvisa e Conama para uniformizar os procedimentos relacionados ao tratamento de resíduos da saúde. A Anvisa editou a RDC - Resolução da Diretoria Colegiada - n.º 306, de 2004, que dispõe sobre o Regulamento Técnico para o gerenciamento de resíduos de serviços de saúde. E o Conama editou a Resolução 358, de 2005, que dispõe sobre o tratamento e a disposição final dos resíduos dos serviços de saúde, revogando todas as disposições anteriores.

Tanto a RDC 306/04, quanto a Resolução 358/05 visam a ordenar uma destinação o mais segura possível para os RSS, uma vez que, apesar de eles representarem apenas 2% de toda a produção nacional diária, seu potencial ofensivo é consideravelmente maior.

A RDC 306/04 da Anvisa estabelece que

o gerenciamento dos Resíduos de Serviços da Saúde constitui-se em um conjunto de procedimentos de gestão, planejados e implementados a partir de bases científicas e técnicas, normativas e legais, com o objetivo de minimizar a produção de resíduos e proporcionar aos resíduos gerados, um encaminhamento seguro, de forma eficiente, visando à proteção dos trabalhadores, a preservação da saúde pública, dos recursos naturais e do meio ambiente.¹

Ainda, segundo a Resolução 358/05 do Conama:

“Cabe aos geradores de resíduos de serviço de saúde e ao responsável legal, o gerenciamento dos resíduos desde a geração até a disposição final, de forma a atender aos requisitos ambientais e de saúde pública e saúde ocupacional, sem prejuízo de responsabilização solidária de todos aqueles, pessoas físicas e jurídicas que, direta ou indiretamente, causem ou possam causar degradação ambiental, em especial os transportadores e operadores das instalações de tratamento e disposição final.”²

¹ BRASIL. ANVISA. Resolução n.º 306, de 2004. Dispõe sobre o Regulamento Técnico para o Gerenciamento de Resíduos de Serviços da Saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, dez/04. Disponível em: <<http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=13554&word=>>>. Acesso em: 02 abr. 2008.

² BRASIL. CONAMA. Resolução n.º 358, de 2005. Dispõe sobre o tratamento e a disposição final dos resíduos dos serviços da saúde e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília,

3.3. Classificações

Para que se faça a destinação apropriada desses resíduos, a Resolução 358/05 traz em seu anexo uma classificação para cada tipo de RSS gerado, divididos em grupos A, B, C, D e E.

De maneira geral, pode-se dizer que o grupo A compreende os resíduos biológicos, tanto humanos quanto animais que, por suas características, de maior virulência ou concentração, podem apresentar risco de infecção, como por exemplo: placenta, partes do corpo humano, fezes, sangue, urina etc.

Por grupo B, entende-se que sejam os resíduos contendo substâncias químicas que podem apresentar risco à saúde pública ou ao meio ambiente, como por exemplo os reagentes usados em laboratórios. O tratamento especial destinado a estes varia de acordo com sua corrosividade, reatividade, inflamabilidade e toxicidade.

O grupo C abrange os resíduos radioativos como os usados nos tratamentos de pacientes com câncer. Por ser um tipo mais perigoso que os demais, seu manejo é controlado pelo Conselho Nacional de Energia Nuclear – CNEN.

O grupo D é o grupo comum, igual ao resíduo residencial, como por exemplo, papéis, copos descartáveis etc. Por não apresentarem risco biológico, químico ou radiológico, os resíduos do grupo D podem ser separados entre os recicláveis e os não-recicláveis.

Por fim, o grupo E compreende os resíduos de materiais perfurocortantes ou escarificantes, como agulhas, bisturis, seringas e outros similares que devem ser acondicionados de maneira adequada quando forem descartados.

3.4. Plano de gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde – PGRSS

3.4.1. Conceito

Segundo a RDC 306/04:

Plano de Gerenciamento é um documento que deve ser elaborado por todo empreendedor que possua atividade geradora de resíduo da saúde, pois descreve as ações relativas ao manejo desses RSS, observando-se, para isso, as características e riscos de cada grupo. O PGRSS deve conter em seu texto os aspectos referentes à geração, segregação,

DE, 4 maio 2005. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=462>. Acesso em: 02 abr. 2008.

acondicionamento, coleta, armazenamento, transporte, tratamento e disposição final desses resíduos, além das ações de proteção à saúde pública e ao meio ambiente.³

O plano de gerenciamento deverá ser feito por profissional certificado, podendo ser assessorado por uma equipe, caso necessário. Da mesma maneira, todas as pessoas envolvidas no processo de gerenciamento dos RSS devem ser devidamente treinadas e capacitadas de forma a diminuir o risco de manejo inadequado ou qualquer tipo de contaminação com o resíduo.

É importante lembrar que em casos de atividades de pequeno potencial poluidor o plano de gerenciamento pode ser dispensado, tendo em vista que a legislação é muito rigorosa e o procedimento um tanto quanto oneroso. Dos salões de beleza, por exemplo, e das próprias residências, não se exige esse tipo de processo, considerando-se o elevado custo-benefício, uma vez que a viabilidade financeira também deve ser analisada, apesar da necessidade de se focar o meio ambiente. É necessário, porém, que cada pessoa tenha consciência de armazenar corretamente o seu lixo, em especial quando esse material contiver resíduos biológicos, for infeccioso ou perfurocortante.

3.4.2. Penalidades

A responsabilidade do gerenciamento dos RSS compete tanto à empresa que o produz quanto à empresa contratada por esta última para fazer o tratamento e destinação do resíduo, de modo que, caso haja alguma irregularidade, os infratores estarão sujeitos às penalidades e sanções previstas em legislação pertinente, em especial na Lei 9.605/98.

Para que isso não ocorra, a empresa responsável pelo plano de gerenciamento deve observar se as empresas contratadas para realizar os serviços como transporte e incineração atendem às exigências legais e se têm, por exemplo, licenciamento ambiental para realizar tais atividades.

4. Aplicação da legislação

A Resolução 358/06 do Conama estipulou o prazo de até dois anos para que os

³ BRASIL. ANVISA. Resolução n.º 306, de 2004. Dispõe sobre o Regulamento Técnico para o Gerenciamento de Resíduos de Serviços da Saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, dez/04. Disponível em: <http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=13554&word=>. Acesso em: 02 abr. 2008.

geradores de RSS se adequassem às suas normas. Sabe-se, entretanto, que poucas são as empresas que já se adequaram aos ditames da Anvisa e do Conama.

Em Patos de Minas pode-se citar como exemplo o Hemocentro. O Hemocentro é uma unidade do Hemominas, a fundação em Minas Gerais responsável pela coleta e distribuição de sangue que está presente em várias cidades do Estado, como Uberlândia, Uberaba, Governador Valadares etc. É válido lembrar que o Hemocentro não é unidade do Hospital Regional de Patos de Minas, sendo que seu PGRSS independe do mesmo.

Com o objetivo acadêmico de conhecer melhor como se dá a disposição dos resíduos dos serviços de saúde em tal instituição, Cláudia Raquel de Melo, responsável pelo planejamento e gerenciamento da disposição dos resíduos do Hemocentro, em entrevista concedida em 08 de abril de 2008, explicou o procedimento adotado para que se pudesse dar uma correta destinação aos RSS.

Assim como é dever de todo gerador de resíduo da saúde, o Hemocentro faz anualmente seu plano de gerenciamento, provendo uma destinação adequada a todo o resíduo produzido na instituição, em especial para os grupos A e E, que não são recolhidos pela prefeitura. A medida adotada hoje com relação a esses resíduos é a incineração, que apesar de não retirar-lhes sua periculosidade, diminui seu volume consideravelmente, possibilitando um acondicionamento melhor e mais seguro.

5. Conclusão

A Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 225, garante a todos o direito a um meio ambiente equilibrado propício à sadia qualidade de vida. É em função dessa prerrogativa que busca-se, hoje, tratar da forma mais eficaz possível os resíduos provenientes das atividades humanas, em especial os oriundos dos serviços da saúde, que apresentam uma maior potencialidade de contaminação.

De acordo com o princípio do poluidor pagador o tratamento destinado a esse tipo de resíduo visa internalizar os custos, pois a instituição que os produz deve arcar com o valor do manejo e destinação destes.

Visando a regulamentar o tratamento dos RSS, houve um processo de harmonização das normas federais entre Conama e Anvisa, estabelecendo diretrizes a serem seguidas pelas empresas prestadoras desse tipo de serviço.

Dessa maneira, a RDC 306/04 e a Resolução 358/05 trazem critérios, classifica-

ções dos resíduos, conteúdo do PGRSS etc, que devem ser seguidas sob pena das empresas sofrerem as sanções cabíveis, tanto no âmbito civil quanto no penal e no administrativo. Apesar de necessárias as regulamentações sobre a destinação do lixo, especialmente o hospitalar, para a proteção da saúde pública, a rigorosidade das legislações acaba tornando os procedimentos de descontaminação e acondicionamento destes demasiadamente onerosos para o poluidor. O que se observa nesses casos é a não-efetivação da norma em virtude da inviabilidade de ser cumprida por estabelecimentos menores.

Assim posto, percebe-se a importância da fiscalização dos serviços da saúde, no que concerne à sua política de descontaminação dos resíduos produzidos, observando se seu tratamento e destinação estão sendo feitos de maneira a minimizar ao máximo o impacto que ele exercerá sobre a natureza.

Vale lembrar que para que isso se efetive, a ação integrada dos municípios, Estados, União e, por que não?, da própria população, é fundamental. Não basta apenas editar legislações, colocando-as em prática e fiscalizando aqueles a quem compete sua efetivação. É necessário também que haja um trabalho de reeducação dos mais velhos, e educação dos mais novos, difundindo entre todos a consciência de que a preservação se faz necessária não apenas para as gerações de um futuro distante, mas também para a vivência sadia das próprias gerações atuais.

6. Bibliografia

BRASIL. ANVISA. Resolução n.º 306, de 2004. Dispõe sobre o Regulamento Técnico para o Gerenciamento de Resíduos de Serviços da Saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, dez/04. Disponível em:

<<http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=13554&word=>>. Acesso em: 02 abr. 2008.

BRASIL. CONAMA. Resolução n.º 358, de 2005. Dispõe sobre o tratamento e a disposição final dos resíduos dos serviços da saúde e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 maio 2005. Disponível em:

<<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=462>>. Acesso em: 02 abr. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

MELO, Cláudia Rachel de. Patos de Minas, Brasil, 8 abr. 2008. (41 min.). Entrevista concedida a Maria Carolina de Melo Santos.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

RDC ANVISA 306/04: aspectos jurídicos da resolução da diretoria colegiada da ANVISA sobre resíduos da saúde. São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2008/revista_anvisa-060508.pdf>. Acesso em 15 maio 2008.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. *Resíduos*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Residuos_solidos>. Acesso em: 02 jun. 2008.

Proteção legal dos animais: a prática da pesca no Estado de Minas Gerais

Legal protection of animals: the practice of fishing in the state of Minas Gerais

Camila Corine Ferreira Mota

4º período Diurno da Faculdade de Direito de Patos de Minas – FADIPA – UNIPAM.
e-mail: camilabila@hotmail.com

Karla Natielle Godinho Pinheiro

4º período Diurno da Faculdade de Direito de Patos de Minas – FADIPA – UNIPAM.
e-mail: karla_pinheiro1@hotmail.com

Maria Gabryelli Araújo Pacheco

4º período Diurno da Faculdade de Direito de Patos de Minas – FADIPA – UNIPAM.
e-mail: mariagabryelli@yahoo.com.br

Paulla Mayara Cardoso Silva

4º período Diurno da Faculdade de Direito de Patos de Minas – FADIPA – UNIPAM.
e-mail: paullamcs@yahoo.com.br

Raihanne Sthefanny Amorim

4º período Diurno da Faculdade de Direito de Patos de Minas – FADIPA – UNIPAM.
e-mail: raihanne.sthefanny@yahoo.com.br

Resumo: Com o escopo de priorizar nosso estudo baseado na prática da pesca no Estado de Minas Gerais, focando especificamente no Rio da Prata, um dos principais rios de nossa região, é de grande relevância discorrer precipuamente sobre os direitos dos animais, sobre a sua importância para nós e para os ecossistemas, sobre que maneira a legislação do meio ambiente aborda a questão da proteção legal dos animais, e como funciona a aplicação das penalidades quanto ao desrespeito a estes, seja qual for a sua espécie. Utilizando a legislação ambiental, as determinações e publicações do Governo, dos Órgãos e Instituições Ambientais, serão descritas as diferentes categorias e modalidades de pesca; a exigência e a dispensa da emissão de licença para a prática da atividade; as áreas onde os atos de pesca são proibidos ou interditados por lei na região da bacia do Rio São Francisco no Estado de Minas Gerais; e por fim, a forma de aplicação das normas pertinentes à atividade pesqueira e a eficácia da fiscalização ambiental desta a fim de proteger a biodiversidade aquática genérica e os cursos do Rio da Prata.

Palavras-chave: Proteção Legal dos Animais. Fauna Aquática. Pesca. Legislação Ambiental.

Abstract: Aiming at prioritizing our study based on the practice of fishing in the state of Minas Gerais, especially at the Rio da Prata (one of the main rivers of our region), it is very important to argue on the rights of the animals, on their importance for us and for the ecosystems, on how the legislation about the environment approaches the matter of legal protection of animals, and

how the application of penalties about the disrespect to them works, whatever are their species. By using the environmental legislation, the determinations and publications of the government, organs and environmental institutions, we will describe the different categories and kinds of fishing; the exigency and the leave of license emission for the practice of this activity, and the places where the acts of fishing are prohibited or interdicted by law in the region of the basin of São Francisco river, in Minas Gerais; and finally, the form of application of the norms related to the fishing activity and the efficiency of the environmental control so as to protect the generic water biodiversity and the courses of Rio da Prata.

Keywords: Legal protection of animals. Aquatic fauna. Fishing. Environmental legislation.

Introdução

Com a evolução do processo de civilização da humanidade, a legislação de proteção animal foi surgindo, e depois sendo substituída de forma progressiva por normas compatíveis com o saber científico atual e com o estágio de consciência da humanidade, pois vale ressaltar que o ordenamento jurídico precedente sequer se preocupou com a proteção do ambiente de forma específica e global, dando a revelar total inadvertência com o próprio espaço em que vivemos. Gradativamente os animais ganham adeptos a sua defesa, dada a sua importância no conjunto das relações humanas e de suas necessidades para o equilíbrio ecológico.

A legislação ambiental brasileira vem ganhando maior atenção nos últimos anos. O Governo, órgãos e institutos têm trabalhado conjuntamente para proporcionar a proteção e recuperação do meio ambiente e em especial a proteção dos organismos vivos da fauna aquática existentes nos cursos d'água, reservatórios, represas e demais ambientes aquáticos por meio de projetos de fomento, como cercamento de nascentes e zoneamento pesqueiro¹.

A pesca, antes de livre exercício devido à abundância de espécies e por ser objeto de renda familiar, vem recebendo enfoque especial na busca da minimização do desequilíbrio dos ecossistemas, vez que a fauna aquática tem sofrido danos drásticos, afetando ecológica e economicamente o meio ambiente de maneira local e global.

A prática da pesca no estado de Minas Gerais

Os animais em suas diversas categorias – silvestre nativo ou exótico, doméstico ou domesticado – fazem parte da ampla variedade de seres vivos integrantes da biosfe-

¹ Lei 14.181/2002. Dispõe sobre a política de proteção à fauna e à flora aquáticas e de desenvolvimento da pesca e da aquicultura no Estado de Minas Gerais.

ra. O meio ambiente constituído pelos fatores abióticos e bióticos que compreendem todos os seres vivos em sua relação forma um todo onde nada pode ser excluído.

Sob o ponto de vista legal os animais, sem qualquer discriminação de categoria estão inseridos no Capítulo do Meio Ambiente da Constituição Federal, cujos preceitos asseguram sua total proteção pelo Poder Público e a comunidade².

O Dec.-lei 221/1967 cuida dos atos tendentes a capturar ou extrair elementos animais ou vegetais que tenham na água seu normal ou mais freqüente meio de vida. Portanto, a fauna aquática é tratada, sob o ponto de vista de sua captura, enquanto atividade de interesse econômico, sem inserção da variável ecológica. Como se vê, embora a Constituição tenha estabelecido princípios e regras acerca de matéria, falta ainda uma efetiva política de preservação da fauna, sob uma ótica interdisciplinar e mais próxima da realidade, para atualizar a legislação infraconstitucional adequando-a ao ideal ditado pela Lei Maior (MILARÉ, 2007, p. 248).

Entretanto, o que se tem na prática é que os atentados contra a fauna são punidos timidamente, e de forma imediata, só quando o crime se insere nas modalidades de crime ecológico, ou seja, quando o ato ameaça a função ecológica de um animal silvestre no ecossistema³.

É evidente que nem todas as espécies têm o mesmo peso na biosfera e, por conseguinte, o mesmo valor estimativo. As diferenciações determinam, na prática, critérios diversos de valoração para fins econômicos, de valorização científica e cultural, de preponderância ecológica. Como objeto da tutela jurídica, a fauna não é tomada indiscriminadamente, porém é priorizada com objetivos específicos, atendendo-se a um conjunto de características, de condicionantes ecológicos e econômicos (MILARÉ, 2007, p. 245).

É de extrema importância que a natureza, de um modo geral, esteja ao alcance de todos e que frente a isso haja fiscalização. Nesse sentido, o Estado é obrigado a manter a proteção legal dos animais por meio de instituições e políticas que proporcionem tal proteção. Tal obrigação não é exclusiva do Estado, mas sim comum a todos que do meio ambiente necessitam.

² Art. 225, da CF.

³ Lei 9.605/1998, art. 32.

Como se vê, a organização dos poderes constituídos, a mentalidade científica e a crença popular são as grandes responsáveis pelo tratamento técnico e jurídico dispensado aos animais na atualidade.

Antes, o ato de pescar, era mais uma atividade extrativista em que o peixe era utilizado única e exclusivamente para o consumo. Hoje, pescar é muito mais do que retirar o peixe da água, tornou-se uma atividade predatória, com efeitos graves sobre a teia da vida.

Com referência à espécie humana, esta é incontestavelmente a maior e mais perigosa ameaça para a perpetuação da vida na Terra. Suas características predadoras passam das necessidades primárias de subsistência para os requintes tecnológicos da exploração econômica e da satisfação de necessidades artificiais, quando não de instintos inferiores. A consequência são as espécies extintas e aquelas ameaçadas de extinção (MILARÉ, 2007, p. 246).

Para efeitos legais, classifica-se a pesca como: amadora, profissional, de subsistência, científica, desportiva e despesca⁴. Para o exercício da atividade pesqueira no Estado é obrigatória a licença emitida pelo órgão competente, a qual é válida em todo território nacional; ressalvada a licença para a pesca profissional, que é específica por bacia hidrográfica. Ambas, contudo, devem ser renovadas anualmente.

No Brasil foi criada a Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca integrante da Presidência da República com *status* de Ministério e com competência referente aos aspectos relacionados com o ordenamento econômico e operacional das atividades de pesqueira e aquícola, enquanto outros órgãos, IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) e o IEF (Instituto Estadual de Florestas) de cada estado tratam dos aspectos ambientais.

O IEF é o órgão responsável pela emissão de licenças para as categorias de pesca amadora, de subsistência, científica e despesca em Minas Gerais. O Instituto é o órgão responsável pela emissão da carteira que permite a pesca amadora no Estado.

A Lei 14.181, de 17 de janeiro de 2002, regulamentada pelo Decreto Estadual n.º 43.713, de 14 de janeiro de 2004, estabelece que os organismos vivos da fauna e da flora aquáticas existentes nos cursos d'água, lagos, reservatórios, represas e demais ambientes aquáticos, naturais ou artificiais são bens de interesse comum de todos os habitan-

⁴ Categorias de Pesca. Decreto n. 43.713, de 14 de janeiro de 2004 (capítulo II). <www.ief.mg.gov.br/pesca>.

tes do Estado, sendo-lhes assegurado o direito de explorá-los, de acordo com o estabelecido na legislação vigente.

A comercialização do produto da pesca de espécies originadas em rios mineiros é proibida em Minas Gerais, exceto para pescadores profissionais e para a despesca praticada por aquicultor, observada a legislação pertinente⁵. O limite para captura e transporte por pescador é de 10 kg, mais um exemplar, conforme a tabela de tamanhos mínimos permitidos⁶. Devem ser observados também os limites permitidos durante a época da piracema⁷. A época da reprodução varia conforme as espécies e as peculiaridades da região de ocorrência, pelo que os períodos de proibição da pesca são estabelecidos em decorrência de estudos técnicos e científicos específicos para cada caso (TRENNEPOHL, 2007, p. 138).

É proibida qualquer modalidade de pesca, exceto a científica e para fins de manejo com autorização do IEF, nas unidades de conservação estaduais. A pesca de subsistência é destinada ao sustento da família e são permitidos até três quilos de pescado por dia. Só pode ser realizada nas imediações de suas residências e em ambientes de domínio público.

Para a pesca de subsistência não é exigida a apresentação de licença de pesca, sendo necessário apenas o cadastro do pescador em qualquer unidade de atendimento do IEF. Nessa categoria, é permitida a utilização de anzol, chumbada, linha e caniço. É obrigatório o porte das licenças de pesca, em todas suas as categorias, para a prática da pesca no Estado de Minas Gerais.

A pesca no Rio da Prata está proibida em toda sua extensão e em todas as modalidades, desde a publicação do Decreto 44.844/08. Quem for abordado praticando a pesca neste rio poderá ser preso em flagrante e ainda sofrer autuações administrativas. A fiscalização de caça e pesca na região será intensificada pela Polícia Militar para evitar os crimes ambientais e proteger os recursos naturais, principalmente no período da

⁵ Lista de peixes de água doce ameaçados de extinção em Minas Gerais. – Coordenadoria de Gestão da Pesca e Aquicultura. Diretoria de Pesca e Biodiversidade. Instituto Estadual de Florestas.

⁶ Tamanhos mínimos de captura de peixes. – Coordenadoria de Gestão da Pesca e Aquicultura. Diretoria de Pesca e Biodiversidade. Instituto Estadual de Florestas.

⁷ Chamado de período do Defeso, é o período no qual os peixes sobem para as cabeceiras dos rios para se reproduzirem, dentre os meses de novembro e fevereiro. “Cardume de peixes; época em que os grandes cardumes de peixes arribam para as nascentes dos rios; época de desova; o rumor que fazem os peixes subindo para a nascente, nessa época.” *Pequeno Dicionário de Língua Portuguesa supervisionado e consideravelmente aumentado até a 10ª Edição por Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira.*

piracema. Tal fato revela o quão paradoxal é a existência de milhares de pessoas, dentre homens e mulheres, que possuem carteira profissional de pesca nos municípios vizinhos. É fato que muitas destas pessoas que, por possuírem a carteira, recebem um benefício durante o período da piracema, correspondente a quatro meses – de novembro a fevereiro – e não são pescadores profissionais.

A pesca ilegal tornou-se, com efeito, uma atividade que utiliza meios diversificados para se camuflar e contornar os controles. O grau de sofisticação é de tal modo elevado que estas práticas ilegais são cada vez mais comparáveis com atividades do crime organizado, como o tráfico de drogas ou o contrabando. Perseguindo uma tendência mundial no trato das questões relativas às normas de punição, a Lei de Crimes Ambientais – Lei 9.605/98 – priorizou a reparação de eventuais danos causados a partir da prática de condutas tipificadas. Torna-se válido ressaltar, portanto, que as penas mais severas da lei supracitada são aplicadas aos crimes de pesca, nos quais o infrator pode ser punido com três anos de detenção e multa.

Da aplicação normativa contra a prática da pesca irregular

A biodiversidade de peixes da Bacia do Rio São Francisco é composta potencialmente por cerca de 250 espécies. Contudo, a fauna aquática de uma bacia hidrográfica sofre consequências das interações dos diversos fatores que ocorrem ao longo do rio, de seus afluentes e de sua drenagem.

Tais ocorrências nas bacias geram uma significativa perda da diversidade marinha, e esta, por sua vez, impede a capacidade de os oceanos proporcionarem comida, manterem a qualidade da água e proporcionarem o equilíbrio ecológico. Uma das causas da perda e extinção de espécies aquáticas é a prática da pesca irregular.

Contudo, hoje se sabe que outro fator que causa a extinção de espécies e perda da biodiversidade é a introdução de espécies exóticas (aquelas que ocorrem naturalmente em outras bacias ou mesmo países e continentes e, pelas mãos do homem, alcançam outras áreas). Ressalta-se, portanto, que, a introdução de espécies exóticas é crime previsto na legislação ambiental brasileira.

LEI 14.181 de 17 de janeiro de 2002

Dispõe sobre a política de proteção à fauna e à flora aquáticas e de desenvolvimento da pesca e da aquicultura no Estado e dá outras providências.

CAPÍTULO VI

Do Dano à Fauna e à Flora Aquáticas

Art. 18 – Constitui dano à fauna aquática toda ação ou omissão que degrade o ecossistema a ela relacionado, além das demais hipóteses previstas na legislação em vigor e, especialmente:

I – a introdução de espécie exótica sem a autorização do órgão competente, entendendo-se como espécie exótica aquela que não ocorre naturalmente no corpo de água ao qual se destina;

II – a promoção do esvaziamento ou do secamento artificial de coleções de água aturais ou represas, excetuados os reservatórios artificiais destinados à prática da piscicultura e a outras finalidades;

III – a captura de espécime da ictiofauna com tamanho inferior ao permitido, de espécie que deva ser preservada ou em quantidade superior à permitida, conforme previsto na legislação;

IV – a captura de espécime da ictiofauna em local e época proibidos ou com o emprego de aparelho, petrecho, método ou técnica não permitida;

V – a prática de ação que provoque a morte de espécimes da flora e da fauna aquáticas, por qualquer meio, contrariando norma existente;

VI – a regularização das vazões de um curso de água que comprometa a função do criatório de peixes de suas várzeas.

A Gerência de Gestão da Fauna Aquática e Pesca do Instituto Estadual de Floresta (IEF) divulgou os dados das fiscalizações realizadas durante o último período da Piracema – período de desova e reprodução dos peixes –, e no total foram aplicados R\$ 1,5 milhão em multas.

Dentre as principais irregularidades encontradas nas fiscalizações, estão a falta de registro dos estabelecimentos comerciais junto ao IEF, a comercialização de pescado sem prova de origem e a falta da licença para a prática da pesca. Além das irregularidades acima destacadas, a prática da atividade pesqueira em áreas proibidas ou interditas está sendo motivo da fiscalização ambiental para assegurar a proteção e conservação das espécies.

Para as infrações administrativas contra a fauna, temos sanções a ser aplicadas, podendo cumular-se em caso de simultânea pluralidade de infrações. As penas, taxadas pelo ordenamento jurídico, são a advertência, a multa, simples ou diária e a pena restritiva de direitos. Já na seara da responsabilização penal, as sanções aplicadas podem incorrer em multa, penas privativas de liberdade ou estas cumuladas com aquelas, conforme reza a Lei 9.605 de 1998.

Além da proteção legal inerente à fauna, há todo um gerenciamento e zoneamento de áreas onde a fiscalização se torna mais rígida e frequente, observando as características e peculiaridades estabelecidas para cada uma das bacias hidrográficas, e das espécies a serem protegidas.

O Decreto 44.844/08 no Código da Infração 434 proíbe a realização de atos de pesca para todas as modalidades, dentre outros, no Rio da Prata de sua nascente no Município de Presidente Olegário-MG, até sua foz no Rio Paracatu no Município de Lagoa Grande-MG, os quais integram a Bacia do Rio São Francisco. A prática da pesca nestas áreas incide em pena de multa simples que varia de R\$ 100,00 a R\$ 1.500,00 por ato de pesca ou por unidade.

A 10ª Companhia de Polícia Militar do Meio Ambiente e Trânsito de Minas Gerais no município de Patos de Minas é responsável pela fiscalização na região do Alto Paranaíba. Esta Companhia realizou no último período da Piracema – de 21 de outubro de 2008 a 28 de fevereiro de 2009 – cerca de 930 horas de Patrulhas Aquáticas, o que resultou em R\$ 234.192,00 em multas aplicadas, 1.237 apreensões de materiais de pesca legalmente de uso proibido. Tanto no Patrulhamento Aquático quanto na fiscalização em comércios e em cumprimento de mandado, foram apreendidos 2.377.215 Kg de pescado, dos quais, após procedimentos periciais, foram doados nas quantidades de 1.700.325 Kg.

Além das demais fiscalizações realizadas em estabelecimentos comerciais, 2.382 pescadores amadores e 135 pescadores profissionais foram registrados no relatório de fiscalização da referida Polícia Militar, o que faz perceber que apesar do elevado número de infrações, vários pescadores estão em situação regular⁸.

Efetuar a proteção legal dos animais não consiste apenas em legislar, organizar e fiscalizar. O poder público exerce sua competência; entretanto, uma verdadeira democracia é aquela que o povo exerce seu poder e sua obrigação de preservação, conservação, recuperação e prevenção, buscando a gradação do meio e não sua degradação. “Em sede de formulação e implementação de políticas ambientais, não bastando afastar a possibilidade concreta de dano ambiental, é preciso que tais políticas orientem-se no sentido de não estabelecerem situações das quais venha surgir a probabilidade dessa espécie de dano” (NARDY, 2003, p. 174).

⁸ Relatório Piracema - 10ª CIA-MAT de Patos de Minas - MG.

Conclusão

A relação entre o homem e os animais sempre foi marcada pela noção de domínio, e desde os primórdios o ser humano explora os animais e a natureza. Esse costume milenar fez com que o homem entendesse, erroneamente, que possuía legitimidade sobre o meio ambiente, podendo explorar seus recursos da maneira que lhe fosse mais oportuna, e é exatamente nessa ideia de legitimidade que se encontra a fonte dos problemas ambientais.

Os animais, aquáticos ou terrestres, são parte essencial do meio ambiente, onde qualquer alteração pode ser uma verdadeira catástrofe. Preservar a vida animal é um dos passos para garantir a sobrevivência e perpetuação da espécie humana.

Os animais se tornaram, ao longo da história, vítimas de massacres que são cada vez mais comuns. Diante dessa rotina de ataques cruéis surgiu a necessidade de se defender a preservação da fauna remanescente, indispensável ao equilíbrio ecológico e à sobrevivência das espécies e da própria humanidade. Com os animais aquáticos não é diferente. A exploração devastadora que o homem vem promovendo fez com que muitos deles passassem a integrar a lista de animais em risco de extinção. A atividade pesqueira é uma das principais causadoras deste risco eminente à fauna aquática.

Uma grande parte da doutrina defende a aceção de que os animais são protegidos com o intuito de proteger o homem. É preciso compreender que a vida é um bem genérico, portanto tanto homens quanto animais têm direito à vida. O direito à integridade física é inerente a todo ser vivo, e é inerente a sua natureza, seja ela humana ou não.

Do ponto de vista filosófico, a questão dos direitos dos animais encontra raízes na teoria utilitarista de Bentham, que postulava no sentido de que, embora possam divergir do interesse do ser humano, os interesses dos animais devem ser igualmente respeitados. Assim, também se baseava na convicção de que os animais são entes sensitivos capazes de sofrer. Outrossim, de que há obrigações recíprocas entre homens e animais. Esses princípios foram expressos, mais recentemente, pelo filósofo australiano Peter Singer, em *Animal Liberation*. Para Singer, o “princípio da igualdade” (na sua concepção de não discriminação) dos seres não se restringe aos humanos; trata-se de obrigação de como se devem tratar os seres em geral como merecedores de iguais preocupações (FARIAS, 2008).

A legislação ambiental brasileira caminha rumo a uma proteção plena aos ani-

mais, mas esta é uma caminhada longa e cheia de empecilhos. Toda a sociedade deve se engajar na prática humanitária de amparo aos animais, que coliga assuntos de veemente e geral importância, como ciência e política, aos quais todos devem estar atentos.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º 9.605 (1988). *Lei de Crimes Ambientais*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, 12 de fevereiro de 1998.

DIAS, Edna Cardozo. *A defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil*. 2004.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 5 out. 2009.

FARIAS, Paulo José Leite. *Proteção dos animais e personalidade jurídica*. 2008, in: Portal Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Seção imprensa, artigos. Disponível em: <<http://www.mpdf.gov.br/portal>>. Acesso em: 5 out. 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: Doutrina, jurisprudência, glossário*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

MINAS GERAIS. Decreto n.º 44.844 de 2008. Estabelece novos procedimentos administrativos de fiscalização e aplicação de penalidades em Minas Gerais.

MINAS GERAIS. Lei n.º 14.181 (2002). Dispõe sobre a política de proteção a fauna e a flora aquática e de desenvolvimento da pesca e da aquicultura no Estado e dá outras providências. Belo Horizonte, MG: Palácio da Liberdade, 2002.

PEREIRA, Lizandro Mello. *Atividade fiscalizatória da pesca no Brasil nas esferas administrativas e criminal: Competências, conceitos, caracterizações*. In: *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 5 out. 2009.

PORTAL meio ambiente mg. IEF - Instituto Estadual de Florestas. *Pesca em Minas*. Seção Pesca. Disponível em: <<http://www.ief.mg.gov.br>>. Acesso em: 5 out. 2009.

REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL. *Revista dos Tribunais*. Coord. BENJAMIN, Antônio Herman; MILARÉ, Edis. Belém, n. 36, ano 9, 2004.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. *Licenciamento Ambiental*. Niterói: Impetus, 2007.

Os animais como objetos de proteção jurídica

Animals as objects of juridical protection

Conceição Aparecida Gomes

4º Período de Direito, UNIPAM (2009). e-mail: conceicao_gomes@yahoo.com.br

Fabiana Cortes Dornelas Peres

4º Período de Direito, UNIPAM (2009). e-mail: fabianadornelas@hotmail.com

Paula Juliana Dias

4º Período de Direito, UNIPAM (2009). e-mail: paulaj.dias@yahoo.com.br

Viviane Helena R. Ferreira

4º Período de Direito, UNIPAM (2009). e-mail: vivianelindaferreira@yahoo.com.br>

Resumo: O tráfico de animais vem sendo praticado desde os primórdios da história de nosso país. Com o passar do tempo e o avanço desenfreado dessa prática abusiva contra os animais, esses tiveram seus direitos resguardados em âmbito constitucional pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, direitos estes protegidos, também, por outras legislações específicas. Mesmo com a previsão do artigo 29 da Lei 9.605 de 1998, que dispõe ser o tráfico e outros atos de violência crimes sujeitos a sanções administrativa, civil e penal, o tráfico constitui a terceira maior fonte ilegal de lucro no Brasil. O comércio é praticado às claras por diversos meios, inclusive os de comunicação em massa.

Palavras-chave: Animais. Crimes. Leis. Combate. Extinção.

Abstract: The traffic of animals has been practiced since the beginning of our country history. With the pass of time and the advance of this abusive practice against animals, these ones have achieved their rights guarded in constitutional sphere by the 1988 Brazilian Constitution, in its art. 225, and these rights have been also protected by other specific legislations. Even with the prevision of art. 29 of Law 9.605/1988, which argues that traffic and other acts of violence are crimes subjected to administrative, civil and penal sanctions, traffic has been maintained as the third greatest source of profit in Brazil. The commerce is practiced openly by lots of means, including the mass media.

Keywords: Animals. Crimes. Law. Combat. Extinction.

1. Introdução

O homem, desde os primórdios, se impôs como o senhor da Terra, aquele que tudo domina. Diante desta postura de soberania incondicional o homem destruiu a

fauna, utilizando-a como um recurso natural qualquer.

O filósofo Locke retirou o animal da natureza e o inseriu na propriedade privada, pregando:

O homem em sua origem como senhor de todas as criaturas inferiores podendo fazer delas o que lhe aprouver. Em princípio, tudo pertence a todos e a força do trabalho pertence a cada um individualmente, o que vem a constituir a primeira forma de propriedade privada. O homem pode se apossar dos frutos e das criaturas da terra. Dizia que a natureza extra-humana não tem vontades e nem direitos, são recursos à disposição de toda humanidade (DIAS, Edna Cardozo. Tutela jurídica dos animais. Mandamentos. Belo Horizonte: 2000).

No Brasil, esse processo de atentado aos animais começou ainda na época em que o país era uma colônia. Os navios franceses, além de levarem grande quantidade de nossa madeira, levavam também as plumas de nossos pássaros para decorarem acessórios de vestuário. Os animais exportados eram abatidos pelos próprios índios, que os entregavam aos estrangeiros em troca de objetos de ínfimo valor. Aos portugueses eram “comercializados” onças, papagaios e araras. Por esse motivo, o Brasil ficou conhecido como a terra dos Papagalli (terra dos papagaios).

Foi nesse período que se iniciou o tráfico de animais, ou seja, todo o ato que visa à captura ou retirada do animal silvestre de seu hábitat natural, bem como o transporte e a comercialização do animal, com ou sem o objetivo de obter lucros.

Mister destacar que naquela época a natureza ainda conseguia se recompor, capacidade que hoje encontra-se reduzida. Mesmo assim, nas regiões Nordeste, Centro-Oeste e Amazônica o tráfico ainda é praticado mais acentuadamente.

2. Leis de proteção aos animais no Brasil

A primeira legislação brasileira que buscou proteger os animais contra a violência foi o Decreto 16.590 de 1924, que regulamentou as Casas de Diversões Públicas, e proibiu dentre outros atos de crueldade, as corridas de touros, garraios e novilhos, brigas de galos e canários. Depois obviamente foram criadas diversas leis, e dentre essas, destacamos por sequência de criação as que têm uma grande importância na proteção dos animais:

O Decreto 23.793/1934, Código Florestal.	A Lei 7.643/1987, lei dos cetáceos.
O Decreto Federal 24.645/1934, que estabeleceu medidas de proteção aos animais.	A Lei 7.889/1989, Lei da inspeção de produtos de origem Animal.
O Decreto Lei 3.688/1941, Lei das Contravenções Penais, que em seu artigo 64 proibiu a crueldade contra os animais, que assim como os maus tratos eram classificados como meras contravenções, delitos considerados de menor potencial ofensivo, e na prática não eram punidos.	A Lei 6.938/1991, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.
O Decreto 50.620/1961 proibiu o funcionamento das rinhas de “briga de galos”.	A Lei 9.605/1998, Lei de crimes ambientais, que criminalizou os atentados aos animais sejam domésticos, exóticos ou silvestres.
A Lei 6.638/1979, Lei da Vivissecção.	O Decreto 5.865/2006, acordo de Cooperação para Conservação e Uso Sustentável da Flora e Fauna Silvestres dos Territórios Amazônicos do Brasil e do Peru
A Lei 7.173/1983, Lei dos zoológicos.	A Lei 11.794/2008, que regula o uso científico de animais e revogou a lei 6.638/79.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 dispõe em seu artigo 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: Incisos I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - 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; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a

educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Para regular a previsão constitucional temos em vigor as leis 5.197, de 1967 e a Lei 9.605, de 1998, logicamente com algumas modificações. A Lei 9.605, de 1998 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, conforme seu artigo 29 são crimes:

Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa. § 1.º Incorre nas mesmas penas: I – quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida; II – quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural; (...) § 2.º No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. § 3.º São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras. § 4.º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado: I – contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração; II – em período proibido à caça; III – durante a noite; IV – com abuso de licença; V – em unidade de conservação; VI – com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa. § 5.º A pena é aumentada até o triplo, se o crime decorre do exercício de caça profissional. § 6.º As disposições deste artigo não se aplicam aos atos de pesca.

No que concerne a multa a ser aplicada o Decreto Federal 3.179, de 21 de setembro de 1999 dispõe as no seu Art. 11:

Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais), por unidade com acréscimo por exemplar excedente de: I – R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por unidade de espécie constante da lista oficial de fauna brasileira ameaçada de extinção e do

Anexo I da Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção-CITES; e II – R\$ 3.000,00 (três mil reais), por unidade de espécie constante da lista oficial de fauna brasileira ameaçada de extinção e do Anexo II da CITES. § 1.º Incorre nas mesmas multas: I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida; II – quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural; ou III – quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente. § 2.º No caso de guarda doméstica de espécime silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode a autoridade competente, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a multa, nos termos do § 2.º do art. 29 da Lei no 9.605, de 1998. § 3.º No caso de guarda de espécime silvestre, deve a autoridade competente deixar de aplicar as sanções previstas neste Decreto, quando o agente espontaneamente entregar os animais ao órgão ambiental competente. § 4.º São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro ou em águas jurisdicionais brasileiras.

Cabe ainda destacar que conforme o artigo 32 da mesma lei considera-se crimes:

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. § 1.º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2.º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

A Lei 7.653, de 1988, alterou o artigo 27 da Lei 5.197, de 1967, transformando em crimes puníveis com pena e reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos a violação de seus artigos 2.º, 3.º, 17 e 18. Para tanto, são crimes: “O exercício da caça profissional; (...) a exportação para o Exterior, de peles e couros de anfíbios e répteis, em bruto”.

3. Normas legais de proteção aos animais no âmbito internacional

A proteção jurídica dos animais no âmbito internacional é feita por diversas normas, em especial pela Declaração Universal dos Direitos dos Animais (proclamada

em Assembléia da UNESCO, Bruxelas, em 1978). A referida declaração, levando em consideração que todos os animais têm direitos e que o desconhecimento ou o desprezo desses tem levado e continua a levar o homem a violentá-los, declara em seus artigos 1.º e 2.º:

Todos os animais nascem iguais diante da vida e têm o mesmo direito à existência; Cada animal tem direito ao respeito. O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar outros animais ou explorá-los, violando este direito. Ele tem o dever de colocar sua consciência a serviço de outros animais. Cada animal tem o direito à consideração e à proteção do homem.

A Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagem em Perigo de Extinção (Washington, em 1973, aprovada pelo Brasil, pelo Decreto Legislativo 54, de 1975), obteve a aderência de 173 países. Seu objetivo são o controle e fiscalização do comércio internacional de espécies da fauna e flora silvestres que se encontram ameaçadas de extinção, sendo cerca de 34.000 espécies. Para o efetivo cumprimento de seu objetivo é utilizada a concessão de licenças e de certificados que são emitidos, levando em consideração requisitos como a não existência de possibilidade daquele comércio vir a prejudicar a sobrevivência da espécie.

A Convenção da biodiversidade (Rio de Janeiro, em 1992, promulgada pelo Decreto 2.519, de 1998). Ela foi aprovada por 156, tendo por objetivo o disposto em seu artigo 1.º:

A conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado.

Para atingir seu objetivo dispõe o artigo 6.º:

Cada parte contratante deve, de acordo com suas próprias condições e capacidades: a) desenvolver estratégias, planos ou programas para a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica ou adaptar para esse fim estratégias, planos ou programas existentes que devem refletir, entre outros aspectos, as medidas estabelecidas nesta Convenção concernentes à Parte interessada; b) integrar, na medida do possível e con-

forme o caso, a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica em planos, programas e políticas setoriais ou intersetoriais pertinentes.

4. O tráfico de animais como fonte de lucros

Atualmente o tráfico de animais silvestres é o terceiro maior negócio ilegal do mundo, perdendo apenas para o tráfico de armas e de drogas. Esse crime chega a movimentar anualmente de 10 a 20 bilhões de dólares em todo o mundo. Somente no Brasil estima-se que sejam movimentados em torno de 15% desse valor.

Várias são as causas para o alastramento dessa atividade ilícita. Dentre elas o fato de o Brasil ser possuidor de grande biodiversidade em sua fauna, tendo os animais raros maior valoração econômica, aumentando assim o interesse na sua comercialização e tendo por consequência o aumento das chances de extinção da espécie.

A falta de conhecimento da população acerca da dimensão do tráfico aumenta o problema. Muitas pessoas querem ter como animal de estimação animais silvestres, sendo responsáveis em grande parte pelo destino dos animais traficados. O fator econômico e social de que grandes partes da população das regiões mais afetadas são de classe econômica baixa, tendo como fonte de sustento comércio ilegal de animais silvestres.

No que tange à fiscalização como forma de combate ao tráfico, faltam recursos para a sua realização, além da quase inexistência de locais para destinação dos animais apreendidos.

Essas causas, associadas à exploração desordenada do habitat dos animais como o avanço da fronteira agrícola, a caça de subsistência e a caça predatória com a finalidade de comercialização e o triste fato de que a maioria dos animais capturados morrem antes de chegarem a seu destino, devido às péssimas condições de transporte, guarda, alimentação e maus tratos são agravantes para a extinção de inúmeras espécies.

A lista oficial das espécies da fauna brasileira ameaçada de extinção consta nas Portarias n.1.522/1.989 e n. 45/1.992 do Ibama. Dentre os animais ameaçados de extinção mais conhecidos pela população nacional podemos destacar: arara-azul, mico-leão, onça-pintada, tamanduá-bandeira, jaguatirica, lobo-guará, dentre outros.

5. Atuação de entidades no combate ao tráfico de animais silvestres

A fiscalização e apreensão dos animais comercializados ilegalmente são realizadas por agentes do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA) e por Policiais Florestais. Depois da apreensão efetuada os animais são encaminhados para o Centro de Triagem de Animais Silvestres (CETAS).

O CETAS tem por finalidade receber, triar e tratar os animais silvestres resgatados ou apreendidos pelos órgãos fiscalizadores, e receber animais silvestres de cativeiro doméstico, sendo ainda responsável pelo estudo do destino mais viável para os animais. Quando não se tratar de animais em extinção, serão eles encaminhados a zoológicos, criadouros registrados pelo Ibama, e centros de pesquisa. Para que ocorram as solturas, os animais deverão estar em condições de retornarem à natureza.

O trabalho de combate ao tráfico e a violência aos animais é também realizado por ONGs como a WWF, RENCITAS e demais associações locais; também pelo Ministério Público, recebendo denúncias, e pelo Poder Judiciário, fazendo-se cumprir mandados de prisão e apreensão. Cabe destacar que o Ibama possui uma linha de denúncia (Linha Verde: 0800 61 8080) à disposição da sociedade, além das medidas preventivas realizadas por campanhas educativas que contribuem para a implantação da ideia de proteção aos animais e à natureza.

6. Conclusão

Os animais têm grande capacidade de alegrar a alma e o coração humano com as imagens e sons por eles proporcionados, isso sem falar das demonstrações de amor para com outros animais e para com o próprio homem. Quantas e quantas histórias de animais que salvaram vidas humanas, quantas provas já deram os animais de serem capazes de se sobrepor à ingratidão de seus donos.

Contudo, vê-se claramente que os animais, independentemente de sua classificação, sempre foram tratados com desrespeito pelo homem, e que este muitas vezes matou ou maltratou os animais como se fossem mera mercadoria a disposição de seu bel-prazer, não se importando com a preservação e cuidados para com eles.

É diante do fato de sabermos da importância dos animais na vida humana, que devemos nos educar e educar a nova geração para que compreendam que os animais constituem bens de valor jurídico a serem protegidos pelo homem e pelo direito.

Não importa em que categoria o animal seja classificado, pode ser ele um animal silvestre, nativo ou exótico, doméstico ou domesticado. O que importa é que eles fazem parte do meio ambiente, que compreende todos os seres vivos, formando um todo onde nada pode ser excluído.

7. Bibliografia

Espécies Ameaçadas. Disponível em: http://www.mre.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1932&Itemid=520

Polícia Civil. Disponível em: <http://www.sesp.mg.gov.br/index.htm>. Acesso em 24 de abril de 2009.

Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Disponível em: http://www.prog.ufscar.br/pdf/etica_animais/direitos_universais.pdf. Acesso em 23 de abril de 2009.

DECRETO Nº 2.519/98. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D2519.htm. Acesso em 26 de abril de 2009.

Entre para o SOS Fauna. Disponível em: <http://www.terra.com.br/revistaplaneta/edicoes/420/artigo59527-1.htm>. Acesso em 26 de abril de 2009.

O tráfico de animais silvestres. Disponível em: <http://www.ecoviagem.com.br/fique-por-dentro/noticias/ambiente/nossa-fauna/brecha-na-lei-facilita-o-trafico-de-animais-silvestres-4026.asp>. Acesso em 23 de abril de 2009.

O tráfico de animais silvestres. Disponível em: <http://www.gorgulho.com/entrevistas/dener.htm>. Acesso em 23 de abril de 2009.

SC é exemplo no combate ao tráfico de animais silvestres. Disponível em: <http://0nca.multiply.com/journal/item/229/229>. Acesso em 01 de maio de 2009.

Tráfico de animais silvestres. Disponível em: <http://www.ecoviagem.com.br/fique-por-dentro/artigos/meio-ambiente/trafico-de-animais-silvestres-67.asp>. Acesso em 23 de abril de 2009.

A Lei de Contravenções Penais à luz do Direito Penal Mínimo

The Law of Penal Contraventions considering the Minimal Penal Law

Érico Henrique Resende Rodovalho

8.º período de Direito da Faculdade de Direito de Patos de Minas (UNIPAM).

e-mail: erico_rodvalho@hotmail.com

Resumo: Esta pesquisa tem como proposta refletir acerca de uma compatibilização das contravenções penais no ordenamento jurídico atual, estabelecendo um parâmetro com a análise dos magistrados e doutrinadores sobre tal tema, e por fim findando-se em pretensas alternativas para um melhor debate deste problema. O estudo revela a evolução da sociedade e a consequente mutação do Direito Penal. Isso tudo no intuito de arrogar créditos ao Poder Judiciário, que no atual direito contravençional anda tão desacreditado por todos. Posteriormente, é feito um estudo das contravenções mais rebatidas nos dias de hoje, tudo isso com o fito de demonstrar a inviabilidade da via judiciária para a punição de tais infrações, chegando ao resultado de que o tratamento a ser dado a estas pequenas infrações é pela via extrapenal. A metodologia neste trabalho consiste na revisão bibliográfica, com fulcro na doutrina nacional, bem como em levantamento de dados. Serão examinados ainda diversos julgados do Poder Judiciário sobre os temas aqui tratados.

Palavras-chave: Contravenção Penal. Direito Penal Mínimo. Princípios Penais. Descriminalização.

Abstract: This research aims at considering the compatibility of penal transgressions in the present juridical ordainment, establishing a parameter with an analysis of magistrates and instructors on the theme, and finally concluding with pretense alternatives for a better discussion about the problem. The study reveals the evolution of society and the consequent change of penal right. All this with the objective of warranting the judicial power, that has been so discredited nowadays. Afterwards we studied the most refuted contraventions in the present, so as to demonstrate the impracticability of the judicial way for the punishment of such infractions, by concluding that the treatment for these little infractions is extrapenal. The methodology used in this research consisted of bibliographical review, with national support, as well as of data collect. We have also examined judged people by the judicial power about the themes treated here.

Keywords: penal contravention. Minimal penal right. Penal principles. Decriminalization

1. Introdução

A codificação destinada às contravenções penais, qual seja, a Lei de Contravenções Penais, instituída pelo Decreto-Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941, está sofrendo

constantes críticas em face de seu emprego nos tempos modernos. Em resposta a esta obsoleta legislação extravagante, está o Direito Penal Mínimo, o qual depreende uma proteção mais efetiva a determinados bens jurídicos, e descriminalizando outros, tudo isso assentado nas máximas garantias constitucionais, sobretudo, nos princípios basilares instituídos expressa ou implicitamente da Carta Magna.

Assim, tem-se em vista que o Poder Judiciário atual é manifesto na sua insuficiência para a demanda da população, pois constatamos que na maioria dos gabinetes dos magistrados grande parte dos cadernos processuais é destas infrações de pequena importância.

Por isso, a manutenção desses diminutos tipos incriminadores só atrapalha a marcha policial e judiciária, levando em conta que no escasso tempo que lhe socorre, em vez de estarem observando os atos de maior gravidade, também têm de observar infrações insignificantes, como são as contravenções penais. Acresça-se que, com a mutação da sociedade, os bens jurídicos tutelados pela lei contravencional não surtem mais efeitos hodiernamente.

É neste paradoxo, e no intuito de conservar o Poder Judiciário fortificado, sempre na tentativa de lhe angariar confiança e boa reputação, a todo tempo findando em sua aptidão para o atendimento da sua busca, é indubitável a alteração do tratamento da lei contravencional.

Para uma melhor solução, esta pesquisa se perpetra em análise de diversos princípios constitucionais penais, uma comparação da lei contravencional com outras legislações penais extravagantes, num exame de numerosos julgados do Poder Judiciário, bem como se atentando em uma percuciente análise histórica, que abrangerá o momento de implementação da LCP e o direito penal contemporâneo e, ao final, apresentará pretensas alternativas que desafogaria a máquina jurisdicional.

Desse modo, esta pesquisa pretende responder à seguinte indagação: como compatibilizar a Lei de Contravenções Penais ao ordenamento jurídico brasileiro atual tendo em referência o Direito Penal Mínimo?

2. Direito penal contravencional contemporâneo

O Direito Penal brasileiro, assim como o alemão, o italiano, o suíço e o português, entre outros, em respeito à classificação das infrações agasalha a divisão geral bipartida, qual seja, tendo a infração penal como gênero, e os crimes ou delitos e as

contravenções como espécies. A diferença entre tais é meramente quantitativa (gravidade da conduta/pena): enquanto aqueles são punidos com penas privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa, estas recebem prisão simples e multa. Então, é notável que o critério adotado para a diferenciação das infrações penais é o da natureza da pena.

Inevitável conclusão foi traçada pela Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais, a qual em seu artigo 1.º dista que:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Para melhor compreender a dimensão do vocábulo *contravenção*, é de apreço trasladar a definição dada pelo Dicionário Aurélio, em que é concebida como “ato ilícito menos importante que o crime, e que só acarreta a seu autor a pena de multa ou prisão simples”.

Portanto, a contravenção penal é meramente um “mini-crime” ou “crime-anão”, ou seja, um fato que viola a lei penal, mas de menor gravidade. Ademais, após a edição da Lei 9.099/95, todas as contravenções são também denominadas de infrações de menor potencial ofensivo, sendo assim, de competência do Juizado Especial Criminal.

Por outro lado, a ideia de um Direito Penal Mínimo trata de uma corrente doutrinária de grande repercussão que pugna, não para acabar com o Direito Penal, mas, sim, pela redução dos mecanismos punitivos do Estado ao mínimo necessário. Assim, a intervenção penal somente se justifica quando é absolutamente inevitável para a proteção dos cidadãos.

A aplicação de tal instituto não significa enfraquecer o sistema penal, mas fortalecê-lo; isso porque um número maior de leis não quer dizer a diminuição do cometimento das infrações.

Seguindo esse caminho, uma efetiva descriminalização (*abolitio criminis*) de certos tipos penais é imprescindível; dentre estes, a lei de contravenções penais. Há de abrir um parêntese quando se fala em descriminalização de uma infração para exprimir a sua significação. Pois este fim não importa em liberalizar determinada conduta,

mas apenas reconhecer a sua falta de importância na seara penal, pois pode ser mais bem disciplinada em outra esfera jurídica.

A manutenção desses tipos incriminadores, de pouca relevância, só atrapalha toda a atividade policial e judiciária, que em vez de estar atuando nos casos de real importância, perde seu tempo com verdadeiras ninharias. Soma-se a isso, o fato da Justiça Criminal, que se mantém cada vez mais emperrada, devido ao grande número de processos versando com questões de relevo. Fatores estes que, se somados, resultam na falta de tempo para analisar tais demandas irrisórias.

Essa conclusão também pode ser percebida nos ensinamentos de Francisco de Assis Toledo:

É de se prever, porém, que, permanecendo as tendências da sociedade atual em profunda e rápida transformação, na qual encena-se, com grande gala, a tragédia da ascensão dos crimes violentos, o legislador penal, daqui e daí, sofrendo influência das doutrinas que pregam, há algum tempo, a descriminalização de certos fatos ainda considerados criminosos, mas sem repercussão na consciência social de nosso tempo, marchará certamente, cedo ou tarde, para uma profunda reforma do direito penal legislado, revalorizando e recolocando no centro da construção do novo sistema a proteção de bens jurídicos, por forma e dentro de limites que reflitam as reais necessidades no mundo em que vivemos. E de tal sorte que a justiça criminal, emperrada por uma enorme carga de delitos de pequena importância, possa afinal dedicar-se aos fatos e delinquentes mais graves que, desafiadoramente, aí estão crescendo e se multiplicando diante de nossos olhos atônitos (TOLEDO, 2002, p. 19/20).

Não é demais lembrar que os Juizados Especiais Criminais foram criados com o fito de alcançarem um julgamento mais célere; todavia, com a existência de várias infrações de pequeníssima monta, não permitem que os juízes cumpram com a demanda exigida, o que acaba acarretando em um inchaço de cadernos processuais sem terem a decisão judicial. Como se pode ver, o resultado obtido é totalmente diverso do que o pretendido com o implemento da norma instituidora.

No que tange a respeito da interpretação das contravenções frente ao Direito Penal Mínimo, é gritante o desrespeito, haja vista que sob tal ponto de vista aquelas nem existiriam, pois sequer defendem bens jurídicos fundamentais para o Estado de Direito; ao contrário, são tão inofensivas que nem podem ser conceituadas como crime.

Nesta trilha de raciocínio, outro ponto relevante é quanto ao bem jurídico tutelado pelas contravenções penais. O legislador, ao positivizar determinada conduta como tal, é certo que entendeu presente algum bem jurídico merecedor de proteção, pois toda infração tem por fim a blindagem de uma objetividade jurídica.

Assim, pela corrente minimalista, os supostos praticadores de fatos típicos descritos pela lei contravencional não ofendem bens jurídicos; quando muito, arranham alguns dos seus próprios bens, ou bens irrelevantes de terceiros. E se as contravenções são destinadas à proteção de bens que não gozam da mesma importância do que aqueles protegidos pelos crimes, perderiam elas, conseqüentemente, sua razão de existir.

A propósito, as contravenções penais foram implementadas no nosso ordenamento jurídico com o Decreto-Lei nº 3.688/1941, editada pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas.

Insta frisar que nesse momento histórico se passava por grave turbulência, sobretudo pela caracterização do nacionalismo e do populismo. Em tal período estava em vigor a tão questionada Constituição de 1937, a única outorgada em nosso sistema pátrio, quando se instalava o denominado Estado Novo. Por conseguinte, a forma de governo passava a ser centralizadora e controladora, pois os poderes ditatoriais encontravam-se efervescidos. Ademais, nunca é demais salientar que este período ficou marcado pela forte intervenção do Poder Executivo, o qual intervia diretamente na elaboração das leis, sobretudo com a expedição de decretos-leis, e a frequente violação de direitos fundamentais que à época ainda eram escassos.

Entre esses e outros motivos, estão as causas que findaram numa edificação de uma legislação de comportamentos tão monitorados quanto é a Lei de Contravenção Penal, ante o pensamento daquela fase de que o Estado devia gerir todos os passos da sociedade, inclusive nas mínimas maneiras de se portar perante o terceiro, e assim supostamente estariam regulamentando os comportamentos típicos de complexidade que naquela época era necessário.

Com efeito, cada época cria suas próprias leis penais, utilizando-se dos mais variados métodos de preferência para a escolha dos bens jurídicos tutelados. Neste ponto, inexorável ter-se em mente que os bens jurídicos protegidos de hoje não são mais aqueles merecedores de proteção na década de 40, ante a evolução do tempo, sendo uma das principais, a implementação da democracia no ordenamento pátrio, e a conseqüente vigência de uma Constituição permeada de princípios sem precedentes na história constitucional do país.

Por isso, pelo Direito Penal Contemporâneo, em tese, a aplicação da lei contravençional diminuiu drasticamente no decorrer do século XX e início do século XXI, a ponto de grande parte da doutrina entender como quase impossível a sua aplicação, por estarem totalmente divorciadas dos fatos sociais defendidos na presente época.

Assim, hodiernamente, com a evolução dos milênios, não faz mais sentido ter como catalogadas aquelas atividades, pois levando-se em conta os atuais comportamentos humanos a aplicação da Lei de Contravenção Penal estaria na marcha ré. Por isso, sem dúvida, a corrente que ganha muito espaço é a do Direito Penal Mínimo; todavia, sempre se pautando para não descuidar das principais funções do Direito Penal. Para que isso ocorra, e para que possa atingir sua finalidade com êxito, deve-se harmonizar a aplicação do Direito Penal Mínimo com todas as garantias constitucionais asseguradas à população.

Neste tom, para a aplicação desta corrente minimalista é necessário analisar suas regras, em uma feita percuciente dos princípios indispensáveis para a aplicação do Direito Penal como última alternativa para o desate das demandas criminais.

Ab initio, não há como falar em uma correta aplicação do Direito Penal, como qualquer outro ramo jurídico, sem se levar em conta a Magna Carta, tendo em vista que as regras e os tipos penais devem estar em perfeita sintonia com as diretrizes constitucionais. Neste ponto é certo que nossa Lei Maior proclama como fundamento básico a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III¹), e por isso, angaria por meio deste todos os demais princípios jurídicos. A sua aplicação reflete na maior liberdade possível para com todo ser humano, no sentido que este possa cumprir com suas potencialidades sem qualquer desprezo.

A propósito, o insigne constitucionalista José Afonso da Silva define o princípio da dignidade da pessoa humana como “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem” (SILVA, 2006, p. 105).

Reforçando sua aplicação, encontramos as explanações de Moraes:

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. [...] A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte

¹ 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; [...].

das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2007, p. 16).

Outros princípios que também merecem destaque são os intitulados de Intervenção Mínima, Adequação Social, Insignificância e Lesividade.

O Princípio da Intervenção Mínima, o qual a doutrina majoritária consagra como “o verdadeiro coração do Direito Penal Mínimo”, apregoa que o Direito Penal só deve cuidar das condutas de maior gravidade e que representam um perigo para a paz social, não tutelando todas as condutas ilícitas e, sim, aquelas que não podem ser suficientemente repreendidas por outro ramo jurídico (GRECO, 2009).

Ademais, tal norma desdobra-se em dois pontos distintos. O primeiro conceitua-se de fragmentariedade, ou seja, a finalidade do Direito Penal é a de somente proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, compreendendo ser aqueles comportamentos altamente reprováveis ou danosos a todos. Já o segundo denomina-se de subsidiariedade, pelo fato de o Direito Penal consistir na medida mais radical, devendo então ser entendido como o remédio sancionador extremo, ministrado somente como *ultima ratio*, isto é, quando qualquer outro meio for ineficiente.

A esse respeito, encontram-se as Apelações Criminais do Tribunal Mineiro de nº 1.0024.06.272157-6/001² e 1.0625.07.072967-2/001(1)³, dentre várias outras. Nesses

² “O princípio da intervenção mínima ou direito penal mínimo propõe ao ordenamento jurídico uma redução dos mecanismos punitivos do Estado ao mínimo necessário. Portanto, a intervenção penal somente se justifica quando é definitivamente indispensável à proteção dos cidadãos. O Direito Penal deve apenas penalizar as condutas mais graves e perigosas que lesem os bens jurídicos de maior relevância. Dizer que a intervenção é mínima significa que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, restringindo e direcionando o poder incriminador do Estado para quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito, isto é, se outras formas de sanção ou controle social forem eficazes para a tutela dos bens jurídicos, a sua criminalização não é recomendável conflitando com um Direito Penal simbólico que atualmente se insere no ordenamento jurídico vigente” (TJMG, Ap. Crim. nº 1.0024.06.272157-6/001, Rel. Fernando Starling, j. 19/05/2009, p. 23/07/2009).

³ “Violação de direito autoral – adequação social – caso concreto – absolvição – medida que se impõe – corrupção ativa – condenação mantida. I – O Direito penal moderno não atua sobre todas as condutas moralmente reprováveis, mas seleciona aquelas que efetivamente ameaçam a convivência harmônica da sociedade para puni-las com a sanção mais grave do ordenamento jurídico que é - por enquanto - a sanção penal. II – O princípio da adequação social assevera que as condutas proibidas sob a ameaça de uma sanção penal não podem abraçar aquelas socialmente aceitas e consideradas adequadas pela sociedade. V.V. penal – direito autoral – adequação social – construção doutrinária – aplicação restrita – recurso improvido” (TJMG,

termos, destaca-se pequeno enxerto deste último julgado, proferidos na dicção do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho:

O Direito penal moderno não atua sobre todas as condutas moralmente reprováveis, mas seleciona aquelas que efetivamente ameaçam a convivência harmônica da sociedade para puni-las com a sanção mais grave do ordenamento jurídico que é, por enquanto, a sanção penal.

Neste ponto, o raciocínio prossegue, pois não se justificaria aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado por meio de um mais suave.

Ainda reforça este posicionamento o renomado Rogério Greco:

Tal raciocínio se faz mister em visão minimalista do Direito Penal, haja vista que se outros ramos do ordenamento jurídico demonstrarem que são fortes o suficiente na proteção de determinados bens, é preferível que tal proteção seja por eles levada a efeito, no lugar da drástica intervenção do Direito Penal, com todas as suas consequências maléficas [...] (GRECO, 2009, p. 72).

Hans Welzel normatizou o Princípio da Adequação Social, o qual dita que apesar de uma conduta subsumir formalmente ao modelo legal, a mesma não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida nos moldes atuais, ou seja, se estiver de acordo com a ordem social em vigência, não deverá ser merecedora de sanção, e, sim, ter reconhecida a sua atipicidade, em face da aceitação da sociedade. Isso porque se entende que não pode castigar aquilo que a sociedade passou a considerar como correto.

Assim sendo, entende-se que o Direito Penal moderno não atua sobre todas as condutas moralmente reprováveis, mas seleciona aquelas que efetivamente ameaçam a convivência harmônica da sociedade atual para puni-las. Então, fica constatado que a partir desta premissa, somente há sanção penal às condutas que têm certa relevância social, sendo que as demais devem ter sua tipicidade afastada.

Como se pode ver, as condutas que no passado eram consideradas inadequadas, se hodiernamente não mais são, suas capitulações devem ser extirpadas do ordenamento jurídico. Neste sentido encontram-se os abalizados dizeres de Ricardo Antô-

Ap. Crim. nº 1.0625.07.072967-2/001, Rel. Alexandre Victor de Carvalho, j. 07/04/2009, p. 30/04/2009).

nio Andreucci:

Importantíssimo princípio que deve orientar o legislador e o julgador, a adequação social desconsidera crime o comportamento que não afronta o sentimento social de justiça, de modo que condutas aceitas socialmente não podem ser consideradas crime, não obstante sua eventual tipificação (ANDREUCCI, 2008, p. 8).

Outra não é a visão do Tribunal de Minas Gerais, que também vem acolhendo os preceitos estabelecidos por esta norma; como exemplo está a apelação criminal de n.º 1.0223.07.222097-1/001⁴.

Outra norma de salutar importância é a formulada por Claus Roxin, que relaciona-se com o axioma *minima non cura praeter*, intitulada de Princípio da Insignificância. Por este, proclama-se uma manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, entendendo de forma lacônica como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. Posto isso, a irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca importância.

No ordenamento pátrio, não há nenhuma norma que implemente tal princípio nas demandas penais; por isso há divergência nos posicionamentos dos julgados pretorianos. Há aqueles que afirmam com veemência que tal preceito não é regra de interpretação e utilização do julgador, mas, sim, uma medida a ser adotada pelo Poder Legislativo, e seu emprego no âmbito judicial estaria violando o princípio da independência dos poderes.

Não obstante, os doutrinadores já são uníssomos ao entenderem que se trata de uma garantia constante da Carta Política de 1988, em decorrência do Estado Democrático de Direito, e assim sendo, deve ser compatibilizado com o caso concreto.

Esse princípio é de importância ímpar, porque é por meio dele que o Direito Penal não demandaria tempo com bagatelas, ao passo que somente iria se ocupar de bens de alguma significação. Atenta-se para o abalizado prestígio de todos os cidadãos para uma diária aplicação deste princípio, haja vista que o Poder Judiciário não depende de tempo necessário para se ocupar de todas as demandas existentes, e com a

⁴ “Apelação criminal – violação de direito autoral – princípio da adequação social – caso concreto – aplicação – absolvição decretada – voto vencido. – Segundo preconizado pelo princípio da adequação social, as condutas proibidas sob a ameaça de uma sanção penal não podem abraçar aquelas socialmente aceitas e consideradas adequadas pela sociedade [...]” (TJMG, Ap. Crim. n.º 1.0223.07.222097-1/001, Rel. Herbert Carneiro, j. 03/06/09, p. 10/07/2009).

retirada destas ofensas inferiores, sobra um período mais satisfatório para as análises das agressões a bens de maior relevo.

Portanto, o intérprete deve adaptar o comportamento do agente ao modelo abstrato previsto na lei, com a sua atenção voltada para a importância do bem ofendido, para ganhar a necessidade de movimentar a máquina judiciária.

Nessa linha estão alguns dos julgados do Tribunal Mineiro, por exemplo, a apelação de n.º 1.0000.09.495159-7/000⁵.

Ademais, esta também é a direção do Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul, nos brilhantes julgados das elucidativas Apelações Criminais de n.º 70010169290⁶ e 70018944231⁷.

Não se pode esquecer de que vários litígios que envolvem a norma em voga também já foram objetos de debates pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, o qual também se pronunciou para que o princípio da insignificância não acarrete na impunidade ou descriminalização de condutas, mas tem o sentido de excluir ou afastar a tipicidade penal, ao examinar a presença de seus vetores, os quais consistem na mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, ao reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão

⁵ “Habeas corpus – furto – Trancamento da ação penal – aplicação do princípio da insignificância – possibilidade – ordem concedida – voto vencido. O Direito Penal possui um caráter subsidiário, devendo funcionar como ultima ratio, ou seja, o procedimento penal não deve ser aplicado a situações insignificantes, também chamadas de bagatelas, vez que essas devem ser tratadas por outras áreas do Direito, caracterizando-se, principalmente, como ilícitos civis ou administrativos [...]” (TJMG, Ap. Crim. n.º 1.0000.09.495159-7/000, Rel. Herbert Carneiro, j. 10/06/2009, p. 10/07/2009).

⁶ “Os crimes de bagatela são condutas fáticas que, na aparência, amoldam-se ao modelo típico, mas, identificado tratam-se de ofensas a bens jurídicos sem reprovação ou censura social, dispensam a necessidade de atuação do direito penal. Serve como um instrumento de restrição à amplitude injusta do tipo penal, destinada à resposta àquelas condutas relevantes e marcadas pela nocividade ao meio social onde é praticada, assegurando e viabilizando a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade entre a pena e a gravidade do fato incriminado, ou sua rigorosa desnecessidade. Recurso provido” (TJRS, Ap. Crim. n.º 70010169290, 5ª Câmara Crim., Rel. Aramis Nassif, j. 23/02/2005).

⁷ “A insignificância da lesão ao direito em questão deslegitima tanto a movimentação da já tão sobrecarregada máquina judiciária, como a imposição da estigmatizante e desestruturante sanção penal. Os crimes de bagatela são figuras típicas que, na aparência, amoldam-se ao modelo típico, mas, identificado tratam-se de ofensas a bens jurídicos sem reprovação ou censura social, dispensam a necessidade de atuação do direito penal. Serve como um instrumento de restrição à amplitude injusta do tipo penal, destinada à resposta àquelas condutas relevantes e marcadas pela nocividade ao meio social onde é praticada, assegurando e viabilizando a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade entre a pena e a gravidade do fato incriminado. Recurso provido” (TJRS, Ap. Crim. n.º 70018944231, 5ª Câmara Crim., Rel. Aramis Nassif, j. 20/06/2007, p. 24/07/2007).

jurídica provocada. Isso porque o Estado não se pode ocupar com condutas em que seu desvalor não represente prejuízo importante.

Já o princípio da lesividade ou ofensividade, também conhecido como *nullum crimen sine iuria*, pugna pela exigência de uma efetiva lesividade ao bem jurídico penalmente tutelado, consistente na manifesta ofensa a um interesse jurídico tipificado em lei.

É cediço de todos que a função do Direito perante a sociedade é a de proteger os bens jurídicos mais importantes. Para tal fim, clarividente que só deverá intervir quando houver tal necessidade, e esta só ocorrerá quando houver a chamada lesividade.

Em análise a jurisprudência da Corte Mineira, sublinha-se o firme posicionamento do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, o qual em vários de seus julgados defende sua aplicação nos casos em concretos, a saber a apelação criminal de 1.0144.07.019701-3/001⁸, dentre várias outras.

Ainda seguindo os ensinamentos concatenados no voto do julgado do eminente desembargador, preceitua-se que correlato com este princípio da ofensividade está o princípio da legalidade, o qual preceitua que não existe crime sem lei, pelo qual também pode-se interpretar que a definição de crime deve ser dada pela lei. Ademais, é o próprio Código Penal que estabelece a regra de que não há crime sem resultado, conforme dista seu art. 13, sendo que este resultado é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pelo tipo penal. Assim, conclui-se que deve existir um resultado para a ocorrência do injusto penal, e por esta norma este resultado tem que ofender concretamente o bem jurídico tutelado.

Nesta toada, este princípio ainda gera o entendimento de que o Direito Penal só poderá se ocupar de condutas que afetam bens jurídicos de terceiros; por isso, os suicídios e as automutilações não são passíveis de pena. Como bem ressaltado por Rogério

⁸ “[...] A ausência de tipicidade material se revela pela insignificância do dano ao bem jurídico e, neste caso, o fato é atípico. A ínfima lesividade ao bem jurídico enseja a desnecessidade de intervenção do Direito Penal. Existem dois níveis de análise da chamada ‘criminalidade de bagatela’: o primeiro, que exclui a tipicidade do fato a partir de uma análise da lesividade gerada ao bem jurídico que pode retratar-se na aplicação do Princípio da Insignificância; o segundo, o da análise de toda a lesividade do fato que se traduz na aplicação do denominado Princípio da Irrelevância Penal do Fato, em que há de se analisar não apenas o ínfimo desvalor da culpabilidade do agente como as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do CP. Para se chegar ao exame da irrelevância penal do fato é preciso, antes, fazer o exame da lesividade gerada pelo tipo objetivo ao bem jurídico penalmente tutelado na norma incriminadora. Caso a lesividade seja ínfima, resolve-se o problema com a exclusão da tipicidade do fato por sua ofensividade insignificante. [...]” (TJMG, Ap. Crim. nº 1.0144.07.019701-3/001, Rel. Alexandre Victor de Carvalho, j. 04/03/2008, p. 29/03/2008).

Greco, o princípio da lesividade servirá de norte para a punição das condutas que extrapolam a pessoa do agente e que venham a atingir bens de relevo (GRECO, 2009).

Esta norma deve ser interpretada à luz do momento histórico atual, diante do fato de que o bem jurídico admitido como lesionado em 1940 não terá a mesma análise no presente momento. Portanto, para tal compreensão deve-se direcionar para a nocividade social no instante de aplicação da legislação, findando-se como necessária à presença jurídica.

Logo, sob o âmbito de todos estes preceitos minimalistas analisados, o Direito Penal seria considerado um soldado de reserva, devendo se ocupar tanto das agressões mais intoleráveis, quanto dos bens jurídicos mais importantes, que não podem ser remediados no âmbito extrapenal, isto é, somente seria utilizado na falta ou insuficiência de outros ramos do Direito em restabelecer a chamada paz social, consubstanciando para tal a gravidade do comportamento, o qual deva ofender adequadamente os padrões morais da sociedade de sua época.

Por esses motivos supracitados, não podem indubitavelmente fazer parte da tutela do Direito Penal, as pequenas ofensas como as contravenções penais, devendo ser observado no máximo o seu caráter subsidiário. Nesta senda, a medida mais viável seria o traslado destas infrações de pouca monta para uma proteção por outro ramo jurídico, menos gravoso, como o Direito Administrativo e o Direito Civil, dentre outros.

Deste modo, encontra-se presente a real capacidade de participação do Direito Administrativo na tutela penal, buscando a descriminalização de certas condutas de ilícitos penais para infrações meramente de natureza administrativa.

Isso é possível, pois para que o Direito Penal seja mais eficaz, tal ramo deverá operar com todos os demais, numa relação de complementaridade recíproca. Nesta visão, na tutela penal somente estariam os bens mais importantes no contexto histórico da sociedade, e os demais bens jurídicos tutelados seriam complementados pelos restantes ramos do Direito.

Tal solução não encontraria muita dificuldade e surpresa na comunidade, pelo motivo de que entre as muitas funções da Administração Pública subsiste a sancionatória, que deixa assim o delito e a infração administrativa em grau de similaridade, somente diferenciando em natureza quantitativa. Ora, em conformidade com o que foi exposto alhures, esta também é a divergência entre crime e contravenção; então não haveria razão para haver reprimendas por esta nova capitulação.

Ainda é importante acrescentar que por esta pretensa via estaria ganhando rapidez e eficácia da sanção, pois se embarca em um processo mais desburocratizado do que o atual, bem como acaba por deparar com uma coibição e punição do agente de uma forma mais célere de que todo o procedimento a ser seguido na máquina judiciária.

Neste ínterim, angaria-se ao Poder de Polícia, que é atrelado à Administração Pública, visto que este “permite a intervenção estatal sobre todas as atividades que afetarem os interesses da coletividade” (ALEXANDRINO, 2008, p. 242).

Assim, por óbvio, em respeito àquelas contravenções que não merecem ser extirpadas do ordenamento jurídico atual, por ainda ofender de forma tênue, algum bem jurídico, deveriam ser assunto de âmbito administrativo, e nunca judiciário.

Além disso, esta mudança não seria entravo para o Supremo Tribunal Federal, pois este órgão também entende que pelo fato de o Direito Penal ser a forma mais violenta de intervenção do Estado, somente deverá assim intervir quando absolutamente necessário e insubsistente os outros ramos, o que não é o caso da punição das contravenções. Neste sentido: HC 92438-7/PR⁹.

Por mais paradoxal que seja, movimenta-se todo o Estado pelo simples fato de a pessoa desobedecer a algumas regras de boa convivência social, em que o agente se sujeitará a uma vaga de contraventor e, em seguida, será considerado um criminoso.

Tal situação conflita com o momento atual da comunidade, a qual sempre vivenciou uma delinquência ínsita de seus membros, isto é, o ser humano sempre cometerá infrações, haja vista se tratar de algo próprio da natureza das pessoas, consubstanciando em uma realidade social que cada dia mais há a resignação da sociedade. Não obstante, pelas vertiginosas transformações deve-se também alterar o sistema de punição, sobremaneira o das contravenções.

Sobre a cominação das penas, Beccaria já afirmava:

O rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação. São necessários impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito grosseiro de um povo que sai do estado de selvagem. Para abater o leão furioso é necessário o raio, cujo ruído só faz irradiá-lo. Mas, à medida que as almas se abrandam no estado de sociedade, o homem se

⁹ “A ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativa-mente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico tutelado” (STF, HC 92438-7/PR, Rel. Joaquim Barbosa, p. 19/12/2008).

torna mais sensível, e, se se quiser conservar as mesmas relações entre objeto e sensação, as penas devem ser menos rigorosas (BECCARIA, 2003, p. 49).

Essa visão supramencionada, de um dos mais nobres doutrinadores penalistas, de âmbito mundial, colide com a previsão das penas dispostas para a prática contravençional. Ora, no grau em que a sociedade se perfaz, quando foram atingidas inúmeras outras formas de punição, sobretudo as de natureza administrativa – as quais *in casu* censuram mais satisfatoriamente os agentes do que as que estão em vigência na lei contravençional – não há mais motivos para prosseguir com formas obsoletas de repressão ao infrator.

Por outro lado, deve-se ter em mente que a intervenção jurídica sempre deverá se pautar na máxima eficácia preventiva e na certeza do castigo, preservando, em sua inteireza, os direitos fundamentais do acusado. A respeito deste ponto, a Lei de Contravenções Penais gera uma sensação de impunidade, pois é demonstrado que a aplicação de prisão simples, que é a pena mais severa no cometimento de tais, é desprezível, para não dizer inexistente.

Mas, também, se essa cominação de prisão simples ocorresse, a mesma estaria infringindo o próprio ordenamento jurídico, sendo que tais apenados não podem compartilhar os mesmos espaços dos condenados com pena de reclusão e detenção. E no Brasil, é certo que não há presídios suficientes com a aptidão necessária sequer para acondicionarem os castigados com pena privativa de liberdade, como exigir espaços para acolherem um agente que desrespeitou uma norma de pequeníssima monta, e ao qual é coibido apenas com prisão simples.

Assim, uma via para a descriminalização das contravenções seria a correção pelas vias administrativa ou cível. É oportuno citar que para que isso ganhe tons dignos de créditos, é de bom capricho a criação e implementação de normas políticas com o fito de corrigir essas falhas ganhadas com a mutação da sociedade que autorizem este traslado de competência.

Noutro giro, há aquelas contravenções que necessariamente não devem permanecer em vigência, seja porque foram revogadas por outros tipos penais, seja porque estão em desacordo com os princípios constitucionais, ou ainda porque caíram em desuso, enfim por algum motivo dentre os vários, a decisão mais sensata é a retirada de tais do ordenamento jurídico.

Ora, com a manutenção deste tratamento contravencional, encontram-se patente aos olhos de todos, as dificuldades mantidas pelo legislador em algo que afigura simples. Apenas para ilustrar, a título de exemplificação, serão analisadas as contravenções mais controvertidas, para ficar corroborado tamanho desconexo da aplicação do Direito Penal nas contravenções penais nos tempos hodiernos.

Prima facie, ressalta-se que foram criados certos tipos penais que regularam por inteiro a matéria tratada na lei contravencional. Sobre tais, citamos as contravenções referentes ao porte de arma, as quais foram todas absorvidas e revogadas pelo Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), tornando-se inaplicáveis no ordenamento atual. À vista disso, em conformidade com o entendimento já sedimentado, lei posterior revoga lei anterior, por isso a legislação aplicável a tais contravenções não mais será pela LCP, e, sim, pela lei específica. Há ainda as contravenções que se referem ao Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), o qual acabou por derogá-las no que tange às infrações de veículos automotores, em vias terrestres, encontrando-se, inclusive, nesse sentido, a Súmula 720 do STF. Adicionam-se também as figuras contidas nos artigos 51 a 58 da LCP, as quais foram revogadas e substituídas pelo Decreto-lei 6.259/44 (JESUS, 2009).

Há ainda aquelas contravenções que caíram em total desuso, ante a mudança do foco do bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, a contravenção do art. 50¹⁰, intitulada de jogo de azar, a qual é tão incoerente que é o próprio Estado quem financia a maioria destes jogos na atualidade. Sendo assim, motivos não há para a punição de uma conduta na qual quem deveria coibir é o principal incentivador. Além disso, a prática de jogos é sabidamente natural da sociedade, e encontra-se manifestada no nosso cotidiano em plena luz do dia nos mais variados locais de todas as cidades, sob os olhos de todas as autoridades, e nunca é punida.

Em outra linha de entendimento, estão aqueles que pregam o alargamento dos mais notáveis jogos de azar, e assim, sua conseqüente inserção no Código Penal, devido aos graves danos à sociedade, além de facilitar o crime organizado e permitir a lavagem de dinheiro que essa prática ocasiona. De acordo com este entendimento, é devida uma punição mais severa do que a aplicada na LCP, a qual encontra-se arcaica e não remete mais efeitos nos dias de hoje. Com toda certeza, tais sanções estariam dei-

¹⁰ Art. 50, LCP - Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele.

xando de lado as práticas incentivadas pela Administração Pública. Deste lado, encontra-se o projeto de lei 3.629/2008.

Como se pode ver, tanto uma medida quanto a outra pregam uma alteração na forma de sancionar tais condutas ilícitas, ao passo que urge a criação de uma nova roupagem para a contravenção relativa aos jogos de azar, pois do modo em que se encontra, a reputação do Direito Penal está manchada, haja vista a não-intervenção punitiva numa conduta descrita como um injusto penal.

Em relação às contravenções previstas nos artigos 62¹¹ e 63¹² da LCP (embriaguez e bebidas alcoólicas, respectivamente), as quais também acontecem diariamente aos olhos de todos, e não são punidas; ao contrário, já adquiriram tamanha realidade entre todos que são efetuadas cada dia com maior frequência. Ora, com a tipicidade de tais práticas em vigor somente faz permanecer o sentimento de descrédito do leigo perante o Poder Judiciário, pois já é sabida a impunidade por tais comportamentos. Forçoso, então, manter tipificadas estas infrações que fazem parte do nosso cotidiano e que nunca são punidas, acarretando no que Guilherme de Souza Nucci denomina de “direito penal teatral, pois que o Estado finge punir seus infratores, enquanto estes fingem respeitar as normas estatais” (NUCCI, 2006, p. 186).

E sendo o próprio Poder Público, condescendente com esta atividade apontada como ilícita, uma vez que não combate tais contravenções com a eficiência e coerência requeridas para a canalização dos injustos cometidos pela sociedade, o melhor é sua retirada do ordenamento jurídico.

No que tange à contravenção de mendicância e vadiagem (art. 59¹³ e 60¹⁴ da LCP, respectivamente), está clarividente a sua inconstitucionalidade. Ora, em nosso país a desigualdade social é indene de dúvidas, com altos índices de desempregos e com alta taxa de analfabetismo. Tendo em vista a presente situação, não há mais motivos para um Estado Democrático de Direito, e não a Administração Pública, angariar

¹¹ Art. 62, LCP – Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia.

¹² Art. 63, LCP – Servir bebidas alcoólicas: I – ao menor de 18 anos; II – a quem se acha em estado de embriaguez; III – a pessoa que o agente sabe sofrer das faculdades mentais; IV – a pessoa que o agente sabe estar judicialmente proibida de frequentar lugares onde se consome bebidas de tal natureza.

¹³ Art. 59, LCP – Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo inválido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastante de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita.

¹⁴ Art. 60, LCP – Mendigar, por ociosidade ou cupidez.

esforços para a proteção do seu povo e adotar práticas que acabam os discriminando.

Pautando-se à luz do Direito moderno, tais condutas causam uma incompreensão social. Há aqueles que defendem sua permanência com o raciocínio de que estes comportamentos ferem os bons costumes, e que seus sujeitos ativos estão mais aptos a entrarem no mundo do crime. Ademais, esta pretensão de mera possibilidade não pode ser punida pelo Direito Penal, que somente absorve condutas com certo grau de concretude, ou seja, a mera presunção de que certas condutas podem afetar a terceiros não basta para legitimar a ingerência punitiva estatal. Não obstante, o máximo a ser deduzido é que estas condutas tenham cunho moral, porém, nem tudo que é imoral é ilegal, não podendo ser assim uma conduta tipificada em lei.

Tais contravenções em foco são tremendamente injustas, já que o indivíduo que realmente pede esmola para sobreviver; já sofre as duras penas da segregação social na forma mais humilhante que se impõe por meio da miséria e da humilhação; além disso, a ele é adotado o título de contraventor. Não se pode olvidar que neste caso o Estado está se omitindo na concessão de direitos fundamentais colacionados pela Lei Maior.

Ademais, por todos estes argumentos expostos, percebe-se claramente que estas contravenções em debate ferem em alto grau o Princípio da Isonomia ou Igualdade. Pois que entre as transformações societárias, tais infrações acabam tratando as pessoas de uma forma diferenciada, pelo simples fato de não terem as mesmas condições financeiras dos demais, e por isso recebem o rótulo de contraventor.

Urge salientar que somente é admissível em nosso ordenamento um tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas diferenças, mas, para tanto, tal atitude só é devida em observância aos ditames da Magna Carta, não tendo esta mesma competência qualquer outra legislação infraconstitucional. Logo, a LCP está eivada de vício de inconstitucionalidade, pois está patentemente ferindo o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal¹⁵.

Ainda é de bom tom acrescentar que o princípio da igualdade tem um conteúdo dinâmico. E por isso tende a promover a igualização das condições entre as partes de acordo com as respectivas necessidades. Assim, evitar-se-á um excesso e abuso do poder econômico sobre os cidadãos, principalmente sobre os menos favorecidos na relação jurídica.

Tarde, mas o legislador acabou revogando a contravenção penal de mendicân-

¹⁵ Art. 5º, *caput*, CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

cia, outrora, sem motivos, tenha permanecido a referente à vadiagem. Assim, este fruto duma sociedade arcaica agora deixou de ser uma infração com o advento da Lei n.º 11.983/09 que revogou o artigo 60 da LCP.

Também se erige de discórdia a contravenção designada como vias de fato (art. 21 da LCP¹⁶), da qual Guilherme de Souza Nucci prega a extinção, ante o argumento de que “inexiste sentido em se buscar a atuação da Justiça Criminal para resolver um conflito entre duas pessoas, quando uma puxa o cabelo da outra ou quando um sujeito rasga a roupa da outra” (NUCCI, 2006, p. 130).

Neste desiderato, pune-se alguém ainda que não produza qualquer lesão em outrem, isto é, não exterioriza qualquer resultado lesivo, o que evidencia tamanho despreparo para o contexto atual. Uma agressão de somenos importância já é punida pelo delito de lesão corporal leve. Então, uma conduta que não se amoldar neste crime, o qual repita-se, capitula agentes que produzem pequeníssimas ofensas, é porque de fato não é merecedora de uma sanção criminal.

No que tange às contravenções referentes ao patrimônio (artigo 24 ao 27 da LCP), entendem-se que estariam todas abolidas pelo fato de infringirem os princípios minimalistas, e principalmente por preceituarem termos vagos que pregam a sanção para um comportamento do agente que sequer perquiriu um resultado naturalístico.

Nestas, sobremaneira na do art. 25¹⁷ da LCP, há ainda um gritante afronto ao Princípio da Igualdade, ao traçar certas características para o seu sujeito ativo e presumir que o seu objeto material irá ser utilizado para a prática de um pretense furto.

Com efeito, essa presunção acaba por colidir com o Princípio da Presunção de Inocência, visto que esta infração pune o agente somente por ter em sua posse alguns objetos delineados pelo artigo. Ora, não há razão para conceder o título de contraven-tor ao infrator sem o mesmo ter cometido nada.

Uma das inconstitucionalidades mais visíveis está no artigo 39¹⁸ da LCP (associação secreta). Isso porque a Magna Carta sedimentou a liberdade de associação, con-

¹⁶ Art. 21, LCP – Praticar vias de fato contra alguém.

¹⁷ Art. 25 – Ter alguém em seu poder, depois de condenado por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação específica.

¹⁸ Art. 39 – Participar de associação de mais de cinco pessoas, que se reúnam periodicamente, sob compromisso de ocultar à autoridade a existência, objetivo, organização ou administração da associação.

sistente no seu
artigo 5º, *Ensaio Jurídico*. Patos de Minas: UNIPAM, (1): 62-84, nov. 2010 incisos

XVII, XVIII, XIX e XX; assim, cada cidadão tem a faculdade de optar plenamente pela associação que bem entender. Já a aludida contravenção veda essa participação, passando, então, a estar contra os princípios fundamentais (NUCCI, 2006).

Não se podem olvidar as contravenções preceituadas nos art. 42¹⁹ e 65²⁰ da LCP (perturbação do sossego e perturbação da tranquilidade, respectivamente). É indene de dúvidas que o sossego público é um direito assegurado legalmente a todos os cidadãos. Malgrado, do ponto de vista minimalista para sancionar tais infrações, prescindese do movimento da máquina judiciária, bastando para tanto a atuação administrativa.

As prefeituras têm o poder de regulamentar as normas de silêncio de acordo com as leis de usos e costumes locais, adaptando-as ao modo de vida de seus habitantes. Assim quem sofrer de perturbação do sossego ou da tranquilidade basta ter em mente as opções adotadas pela prefeitura para ter a possibilidade de reclamar, com o fim de sanar a perturbação, e não seria necessário todo este demorado processo que regra a atual vigência contravencional.

As fontes do barulho perturbador são das mais difusas, mas exemplificamos este caso com uso excessivo de som de carro em um bar perto da residência de um morador em seu horário de descanso. É certo que este ficará incomodado e ligará para a Polícia. O miliciano, na maioria dos casos, lavra um Termo Circunstanciado, o qual se destinará ao Juizado Especial, e assim serão tomadas todas as providências para um processamento no rito sumaríssimo.

Em vez deste delongado processo, é mais crível de satisfação da punição do agente infrator, que a própria Polícia Militar, ao vislumbrar a situação supracitada, já expedisse uma multa para o dono do veículo.

Outrossim, tudo isso em consonância com a lei municipal que delinea as normas de silêncio, inegável seria, a recepção entre todos os cidadãos.

Lado outro, ainda há várias outras contravenções que devem ser extirpadas do nosso ordenamento jurídico, pelo fato de não ofenderem nenhum bem de relevo.

¹⁹ Art. 42 – Perturbar alguém, o trabalho ou o sossego alheios: I – com gritaria ou algazarra; II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais; III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem guarda.

²⁰ Art. 65 – Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável.

Finalizando, levando-se em conta que as novas formas de delinquência desenharam-se com novos contornos próprios, que distam da criminalidade tradicionalmente inculpada pela Lei de Contravenções Penais, a qual é refletora de toda a dramaticidade da vida daquele tempo, no intuito de combater as modalidades contravencionais, o melhor, sem sombra de dúvidas, é a revogação desta codificação com a construção de uma nova forma de repreensão. Pois *tarde* não significa sem tempo para o acerto dos nossos legisladores.

3. Considerações finais

O Direito Penal deve, aos poucos, despojar-se de sua missão que lhe fora imposta, de tutela primeira de bens universais – *prima ratio* – para assinalar somente aqueles bens jurídicos que devem encontrar proteção no âmbito judiciário, isto é, deve agir como *ultima ratio*. Assim, aqueles bens de menor importância devem encontrar proteções no Direito Civil, no Direito Administrativo, dentre outras formas.

O Direito Penal Mínimo, em análise a toda sua principiologia, prega a redução dos mecanismos punitivos do Estado ao mínimo necessário. Desse modo, a atuação estatal somente seria chamada a intervir quando os demais mecanismos sociais e jurídicos falhassem no combate de determinada conduta, quando, assim, significaria que ela necessita da tutela penal.

Ora, pois, o direito penal mínimo não é a solução, mas parte da solução. Sendo que ao adaptar a este pretensão espírito, uma efetiva discriminalização de alguns tipos penais deveria acontecer, e recairia certamente nos tipos penais que nos dias de hoje não mais afrontam bens jurídicos importantes. E nesse norte, toda a Lei de Contravenções Penais deve ser extirpada do ordenamento jurídico pátrio, transmitindo estas infrações com uma nova roupagem.

Logo, manifesta-se assim a convicção de que é possível a construção de um Poder Judiciário com mais força e maior credibilidade perante toda sociedade contemporânea; para isso é necessário mudar muita coisa no Direito Penal, começando por seus menores crimes, quais sejam, as contravenções. Para isso, basta traduzir na prática todos os mecanismos que possibilitam uma maior eficiência na persecução punitiva, sem deixar de lado todos os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

É indene de dúvidas que a simples tipificação de contravenções, na qual se aflo-
ra a hipertrofia legislativa, com um falso rigor punitivo não está hábil para a correção
dos defeitos societários, sobremaneira porque na maioria das mesmas não acompa-
nhou as mudanças sociais.

Ensaio Jurídico. Patos de Minas: UNIPAM, (1): 62-84, nov. 2010

Então, devem-se achar mecanismos que possibilitem uma maior eficiência na
intervenção jurídica contravencional, com o máximo empreendimento preventivo e a
certeza do castigo. Assim, no presente caso, tendo em mira a Lei de Contravenções
Penais, o melhor a se fazer é sua revogação, ante sua inaplicabilidade hodierna. Com
essa concepção, casa-se o pensamento de Rogério Greco quando lança a advertência de
que “a hora é de mudança, de coragem para a adoção de um sistema diferente, garantis-
ta [...]” (GRECO, 2009, p. 157).

4. Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 16 ed. São
Paulo: Editora Método, 2008.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de Direito Penal*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva,
2008.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira.
Bauru: Editora Edipro, 2003.

BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora
Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos
Santos Windt e Lívia Céspedes. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília,
DF: Senado, 1988.

BRASIL. Estatuto do Desarmamento. *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora
Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos
Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei de Contravenções Penais. *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora
Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos
Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais. *Vade Me-
cum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de

Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 11.983, de 16 de julho de 2009. Revoga a contravenção penal de mendicância. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em:

ÉRICO HENRIQUE RESENDE RODOVALHO

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11983.htm. Acesso 15 set. 2009.

BRASIL. Projeto de Lei 3.629/2008. Altera a contravenção de jogos de azar, alargando seu rol e a inclui no Código Penal. Disponível em: <
<http://www.regisdeoliveira.com.br/>> Acesso em: 04 out. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Criminal de nº 1.0625.07.072967-2/001, Rel. Alexandre Victor de Carvalho, j. 07/04/2009, p. 30/04/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Criminal de nº 1.0144.07.019701-3/001, Rel. Alexandre Victor de Carvalho, j. 04/03/2008, p. 29/03/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Criminal de nº 1.0024.06.272157-6/001, Rel. Fernando Starling, j. 19/05/2009, p. 23/07/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Criminal de nº 1.0223.07.222097-1/001, Rel. Herbert Carneiro, j. 03/06/09, p. 10/07/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Criminal de nº 1.0000.09.495159-7/000, Rel. Herbert Carneiro, j. 10/06/2009, p. 10/07/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Criminal de nº 70010169290, Rel. Aramis Nassif, j. 23/02/2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul, Apelação Criminal de nº 70018944231, Rel. Aramis Nassif, j. 20/06/2007, p. 24/07/2007.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. *Habeas Corpus* de nº 92438-7/PR, Rel. Joaquim Barbosa, p. 19/12/2008.

CONTRAVENÇÃO penal. In: *Dicionário Aurélio – Século XXI*.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio - Uma visão minimalista do Direito Penal*. 4 ed. Niterói: Editora Impetus, 2009.

JESUS, Damásio de. *Lei das Contravenções Penais Anotada*. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

Dano moral coletivo na esfera trabalhista

Collective moral damage in the labor sphere

Etiêny Nunes Pacheco

8.º período na Faculdade de Direito de Patos de Minas (UNIPAM)

e-mail: etieny.pacheco@yahoo.com.br

Resumo: O presente estudo versa sobre a relevância do dano moral coletivo trabalhista no ordenamento jurídico atual, no que tange a sua mutação que ensejou na evolução da interpretação, configuração e reparação, assim como em suas angulações atuais. Consideram-se ainda os reflexos da distinção entre o dano patrimonial e extrapatrimonial, as inovações inerentes ao dano moral coletivo e as divergências doutrinárias que o cercam; e por fim a efetiva configuração e reparação do dano moral coletivo na órbita trabalhista, bem como a aplicabilidade do instituto da prescrição e o destino das indenizações. Trata-se de um tema muito atual e polêmico, ainda não regulamentado especificamente pela legislação brasileira, devido à transformação cada vez mais célere da sociedade moderna, e que tem ganhando alta repercussão nos últimos anos, especialmente com o advento da Constituição da República de 1988 e de legislações esparsas que visam integrar ao sistema jurídico a plena admissibilidade dos direitos transindividuais e individuais homogêneos.

Palavras-chave: Dano. Moral. Coletivo. Trabalhista.

Abstract: The present work approaches the importance of the labor collective moral damage in the juridical ordainment, in what concerns its change that led to the evolution of the interpretation, configuration and reparation, as well as in its present angulations. We may also consider the reflections of the distinction between the patrimonial and the extrapatrimonial damage, the innovations related to the collective moral damage and the doctrinal divergences around it; and finally the effective configuration and reparation of the collective moral damage in the labor sphere, as well as the applicability of the prescription institute and the destination of the indemnities. It is a present and polemic theme, not yet specifically regulated by the Brazilian legislation, because of the quick transformations of modern society, which has gained a high repercussion in the latest years, especially after the advent of the 1988 Republic Constitution and of the sparse legislation that aims at integrating the admissibility of trans-individual and homogeneous individual rights to the juridical system.

Keywords: Damage. Moral. Collective. Labor.

1. Considerações iniciais

O Dano Moral Coletivo na esfera trabalhista tem no ordenamento jurídico atual grande relevância, sendo indispensável o estudo de suas angulações no que tange a sua interpretação, configuração e reparação.

O dano moral passou por uma fase evolutiva, que gerou reflexos no entendimento atual, fazendo com que sua abrangência ultrapassasse as barreiras da órbita exclusivamente cível para a ceara trabalhista. Em decorrência do que podemos chamar de uma espécie de mutação, o dano moral coletivo na esfera trabalhista possui peculiaridades que merecem atenção especial dos estudiosos da Ciência Jurídica, como o prazo prescricional e o destino das indenizações.

A matéria em análise possui uma tímida exposição bibliográfica e webliográfica, por se tratar de um tema que ganhou maior repercussão nos últimos anos, o que instiga ainda mais seu estudo e o torna mais relevante. O tema em estudo é vasto, inchado de dificuldades e muito polêmico, um campo aberto para discussões, inclusive sobre sua existência, vez que alguns doutrinadores não a admitem, em contraposição a outros que a julgam perfeitamente possível.

A sociedade se transforma cada vez mais em um espaço menor de tempo e, assim, questões que precisam de respaldo jurídico são renovadas diuturnamente. Entretanto em alguns momentos os legisladores não conseguem acompanhar tamanho movimento, chegando ao ponto de a legislação brasileira não possuir regulamentação específica para o tema, motivo pelo qual se tornam relevantes a exposição, discussão e revisão do tema e suas peculiaridades.

As controvérsias que rondam a questão do dano extrapatrimonial no âmbito das relações de trabalho vêm sendo dirimidas pelos Tribunais do Trabalho, que se utiliza de noções advindas do Direito Civil, admitida sua aplicação, visto que ante as lacunas da legislação trabalhista inexistente incompatibilidade com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho e do Direito Civil.

O dano moral coletivo é uma inovação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e essa nova espécie de dano adveio em virtude do surgimento de novos patamares acerca da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, o presente estudo pretende proporcionar à sociedade comum e jurídica o conhecimento e o exercício pleno de seus direitos constitucionais.

2. Desenvolvimento

2.1. A evolução do dano moral

A primeira forma de reparação de dano que se tem notícia é a vingança privada. Naquele momento adotava-se o uso das próprias forças para repelir qualquer for-

ma de agressão, fosse ela moral ou física. Essa força poderia ser exercida tanto pelo ofendido quanto pelo grupo no qual ele coabitasse. Logo após esse período o Estado passou sutilmente a colocar-se no lugar do ofendido, como quem tomasse suas dores e, assim, iria exigir a reparação do dano sofrido. A intenção do Estado seria evitar a vingança privada e com isso manter a melhor convivência entre os membros da sociedade, visando ao bem estar coletivo.

Já no século XVIII a.C., Hamurabi (1792-1750 a.C.) foi rei da Babilônia e seu código seria o primeiro escrito jurídico a trazer em seu conteúdo regras disciplinadoras do dano e sua reparação. Seriam formas de reparação do dano decorrente de ofensa pessoal a ofensa equivalente ao ofensor e a possibilidade de reparação pecuniária do dano moral.

Em outras partes do referido código vislumbra-se a famosa pena de Talião do “olho por olho, dente por dente”. Já em outro momento se tem a clara visão da reparação econômica do dano, qual seja, a previsão de pagar “10 ciclos de prata” por uma determinada conduta do ofensor, explicitando indícios da teoria da compensação econômica, consideravelmente avançada para o momento histórico.

A Bíblia refere-se, tanto no Velho quanto no Novo Testamento, aos danos da alma, que atualmente se adaptam perfeitamente ao conceito de dano moral. A título de exemplo, podemos citar o Livro de Deuteronômio capítulo 22, versículos 28 a 30:

Caso de violação – Se um homem encontra uma jovem que não está prometida em casamento e a agarra e tem relações com ela e é pego em flagrante, o homem que teve relações com ela dará ao pai da jovem cinquenta moedas de prata, e ela ficará sendo sua mulher. Uma vez que a violentou, não poderá mandá-la embora durante toda a vida.

Ainda quando o Estado era representado pela figura do monarca, o Código de Manu, ou Código de Ur-Nammu, assim como a Lei das XII Tábuas, previa a reparação do dano, mas inibia a vingança pessoal e pregava a necessidade de o Estado regular e intervir nesses litígios inerentes à reparação do dano.

Períodos mais tarde, tanto na Grécia quanto em Roma, a legislação referente à reparação do dano passa por uma grande evolução e conquista maior nitidez com o advento da *Lex Aquilia* e da legislação justiniana. Para o Direito Romano, que já apresentava preocupação com a honra, não era relevante a análise da forma pela qual o dano foi causado. Bastava que o fato delituoso houvesse sido efetivado e o dano cau-

sado para que o ofensor fosse obrigado a repará-lo. A prova da culpa do agente era dispensada, bastando a causa aparente do dano estar correlacionada com a reação do lesado para promover a reparação do dano. Notadamente, há uma referência com a atual responsabilidade objetiva.

Diante do exposto, nota-se que a evolução nesse período, ainda que arcaico, foi de extrema relevância, visto que da vingança privada houve uma evolução para a busca da reparação econômica, que atingia o patrimônio do lesante e não mais sua incolumidade física ou moral, e passou-se a contar com a intervenção Estatal.

O renomado Aguiar Dias, citado na obra de Nehemias Domingos de Melo (MELO, 2007, p. 6), já vislumbrou a atual teoria do risco e da responsabilidade objetiva, tanto que concluiu que

impor à vítima ou a seus herdeiros demonstrações desse gênero é o mesmo que lhes recusar qualquer indenização: um direito só é efetivo quando sua prática está assegurada; não ter direito e tê-lo sem poder exercer são uma coisa só.

Seguindo o Direito Romano, o Código Civil francês de 1804 inovou, adotando a teoria da culpa, que muito se aproxima do entendimento atual de responsabilidade civil subjetiva. Quando aquele que por ação ou omissão violasse direito de outrem, causando dano, ficaria obrigado à reparação mediante apuração de culpa. Também nesse momento foi detectada a necessidade de relativização da teoria da culpa, o que atualmente seria a responsabilidade objetiva, que por sua vez trata de situações especiais do cotidiano.

2.2. O dano moral atualmente

Modernamente a indenização por dano moral no Brasil está em face de total aceitação. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a possibilidade de reparação integral da ofensa moral ficou pacificada, o que pode ser observado nos incisos V e X do seu artigo 5.º, que trouxe “status constitucional a proteção dos bens imateriais do indivíduo” (DOMINGOS DE MELO, 2007, p. 25).

Fica assim pacífica e evidenciada a finalidade precípua da responsabilidade civil em garantir à vítima de ato lesivo uma segurança quanto à reparação integral do dano sofrido, a chamada reparação *in integrum* do dano. A intenção é que a reparação do dano traga maior proximidade ao *status quo ante* ao dano, porém em alguns casos,

principalmente no que tange ao dano moral, não é possível retroagir dessa forma. É nesse momento que a reparação pecuniária, ou seja, a sanção civil que possui natureza compensatória passa a exercer sua principal função. Ocorre assim a reparação plena do dano causado, por meio do pagamento de uma indenização equivalente ao prejuízo.

A função da responsabilidade civil está em buscar o equilíbrio sociojurídico, no âmbito individual e coletivo. Após sua longa evolução histórica, a teoria da responsabilidade civil chegou ao seu fundamento e objetivo, que seria a preocupação primacial com o dano injusto efetivado à parte lesada (a pessoa física, a pessoa jurídica ou uma coletividade), e na sua plena reparação, salientando que a lesão projeta efeitos para além dos interesses jurídicos ofendidos, atingindo, em última instância, o próprio equilíbrio social, como já doutrina o ilustre José de Aguiar Dias.

Conforme exposto no título anterior, a culpa do agente era pressuposto essencial para a configuração da responsabilidade do agente. Atualmente essa culpa passou a ser mitigada e secundarizada. No Direito Civil clássico a conduta do agente ofensor era focalizada: uma vez não havendo culpa não havia que se falar em responsabilidade. Já no Direito Civil atual é centralizada a pessoa da vítima, sendo que o dano imerecido, por si só em princípio, faz jus à indenização. Ocorrendo a inversão do fundamento geral de responsabilidade, hoje o entendimento é de que a vítima não pode ficar sem o ressarcimento do prejuízo sofrido, e não de que o agente que age sem culpa não deve a indenização pelo dano causado.

2.3. Dano patrimonial e moral

Segue uma breve distinção entre os institutos do dano moral e patrimonial, a fim de clarear o conteúdo *a posteriori*. O dano é gênero do qual patrimonial e moral são espécies. Dano, juridicamente, é a ofensa ou lesão aos bens ou interesses suscetíveis de proteção jurídica. A moral tem conceito adequado ao tempo, envolvendo questões de ordem político-social e econômica. A moral se modifica conforme os hábitos de um determinado lugar e cultura. O que é moral ou imoral hoje não é o mesmo definido ontem. Nem tudo que é permitido juridicamente é aceito moralmente por uma sociedade.

Moral e Direito não são sinônimos, uma vez que a moral é unilateral, pois não existe sanção para seu descumprimento. Já o Direito é bilateral, pois além de impor uma conduta, ele determina uma sanção para seu descumprimento; seria então, bilateral-atributivo.

O dano patrimonial, também chamado material, envolve características econômicas, subdividindo-se em dano patrimonial emergente e lucro cessante. O primeiro versa sobre o que o lesado efetivamente perdeu, e o segundo sobre o que ele deixou de ganhar em virtude do ato lesivo.

A indenização no caso do dano patrimonial visa a garantir ao lesado o ressarcimento do prejuízo sofrido, como se o fato jamais tivesse ocorrido. Já a indenização no âmbito moral tem natureza compensatória. Posto que o dano moral versa sobre uma ofensa, humilhação, constrangimento que atinjam a honra, o decoro, a reputação ou o intelecto do ofendido. O dano moral turba a paz interior, a crença íntima, os sentimentos afetivos de qualquer espécie do lesado. No dano moral também a imagem e a intimidade do ofendido podem ser atingidas. O fato é que em qualquer desses casos o dano moral vem em decorrência de um fato ilícito e gera prejuízo ao âmago da pessoa, afetando o psíquico, gerando problemas que podem atingir tanto o seu físico quanto seu intelecto, ou até mesmo prejudicar suas atividades no trabalho.

2.4. Dano moral coletivo

Antes da Constituição de 1988 falava-se muito timidamente em dano moral coletivo, e não se admitia nem mesmo o fato de pessoas jurídicas poderem atuar como agentes passivos em demandas que visassem à reparação oriunda de danos morais. Com a nova Constituição, que fixou a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais pelo qual se rege o Estado Brasileiro, essas questões se deram por superadas.

A compreensão a cerca da dignidade da pessoa humana sofreu e vem sofrendo grandes modificações, que emergem para um emaranhado de novos direitos inerentes ao indivíduo e a sua integralidade, aumentando infinitamente os campos de proteção jurídica individual e coletiva.

A responsabilidade civil é reconhecidamente uma das matérias mais controversas do Direito contemporâneo, sempre se demonstrando dinâmica, inovadora e surpreendente. Com essa evolução, fez-se necessário além da proteção jurídica aos indivíduos, a proteção aos grupos sociais, que galgam alcançar garantias ao exercício de seus direitos e harmonia nos contextos em que se apresentam.

Como doutrina Xisto Tiago, “É inegável, pois, o reconhecimento e a expansão de novas esferas de proteção à pessoa humana, diante das realidades e interesses e-

mergentes na sociedade, que são acompanhadas de novas violações de direitos” (MEDEIROS NETO, 2007, p. 121).

O surgimento de novos direitos inerentes à pessoa humana clama por novas formas de proteção jurídica, quais sejam, os indivíduos nos seus interesses pessoais, coletivos, difusos, individuais homogêneos, patrimoniais e morais.

Atualmente a coletividade de pessoas passou a ser considerada titular de direitos antes inexistentes, podendo então reivindicar proteção e tutela jurídica. Até então os entes personalizados, públicos ou privados, individualmente considerados, poderiam como titulares invocar a reparação do dano sofrido. Com a dinamização ocorrida, entes não personalizados, como grupos, classes e categorias de pessoas indeterminadas também passaram a titular direito à reparação civil.

A responsabilidade civil passou a ter expressiva relevância tanto à tutela quanto à reparação da categoria denominada, no ordenamento jurídico moderno, de dano moral coletivo. O sistema jurídico deve acompanhar a evolução da sociedade com respostas aos seus litígios e novas demandas, de forma eficaz e solucionadora, na busca incisiva pelo justo, pela coerção às lesões e à proteção aos direitos extrapatrimoniais, titularizados pela coletividade, nas suas mais diversas expressões.

2.5. Divergências doutrinárias

Devido à atualidade do tema, encontram-se posicionamentos diferenciados sobre a efetiva possibilidade de reparação do dano por meio de indenização por dano moral coletivo.

O renomado doutrinador Sérgio Pinto Martins, assim como Rui Stoco e Teori Albino Zavascki, entendem que, apesar de já haver decisões neste sentido, por meio de ações civis públicas, não seria possível o pagamento de indenização por dano moral coletivo. O entendimento se baseia na falta de previsão legal para tanto, nem mesmo havendo previsão sobre a destinação da indenização para o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador). Outro motivo exposto pelo doutrinador remete ao fato de que cada empregado ofendido pode pleitear a indenização por dano moral, o que acarretaria na duplicidade de indenização pelo mesmo fato à empresa, sendo uma vez pelo dano moral coletivo e outra em cada caso individualmente, o que implicaria o *bis in idem*. (MARTINS, 2008, p. 97).

Apesar de reconhecer a possibilidade de existência do dano moral coletivo na

órbita das relações de consumo, com fulcro no artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor, o autor entende que essa analogia não caberia no que tange às relações de trabalho, citando inclusive em seu livro um entendimento do STJ que aduz que a configuração do dano moral coletivo requer a vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual, sendo incompatível com a noção de transindividualidade, ou seja, com a indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação.

Em corrente diversa, Arion Sayão Romita, da Academia Nacional de Direito do Trabalho, admite a existência do dano moral coletivo quando o sujeito passivo atingido é uma coletividade, e a reparação deve ser revertida em favor dessa mesma coletividade que teve os sentimentos afetados. Para Arion, “uma coletividade, como tal considerada (abstraindo-se a pessoa dos indivíduos que a integram), pode ser atingida pelos efeitos de um ato ilícito, causador de dano moral. Daí a noção de dano moral coletivo” (ROMITA, 2007, p. 27-33). Concluindo, os grupos têm direitos tanto quanto os indivíduos, e a violação do direito do grupo ou da coletividade pode gerar o chamado dano moral coletivo.

O autor entende por dano moral coletivo “aquele que decorre da violação de direitos de certa coletividade ou a ofensa a valores próprios dessa mesma coletividade”, e cita ainda exemplos em que haveria a ocorrência do dano moral coletivo, como na promoção de trabalho escravo, forçado ou ainda de menores de 16 anos, quando não se efetua o pagamento dos salários ajustados, quando não se cumprem as normas de segurança e medicina do trabalho ou ainda, quando se promovem atos discriminatórios.

2.6. A configuração do dano moral coletivo trabalhista

A configuração do dano moral coletivo ocorre de diversas formas, como pelo descumprimento, por parte dos empregadores, dos direitos sociais trabalhistas difusos, coletivos ou individuais homogêneos (como no caso da violação do direito ao piso salarial, à realização periódica de exames, à saúde, higiene e segurança do trabalho, assim como à jornada de trabalho estabelecida em lei), ou ainda na manutenção de um quadro de funcionários sem registro ou discriminações quando da admissão ou decurso do contrato de trabalho.

Para efetiva caracterização do dano moral coletivo, existem quatro pressupostos

necessários para a propositura da ação de reparação, quais sejam:

- ⇒ Conduta antijurídica: ação ou omissão do agente, que compreende tanto a pessoa física quanto a jurídica.
- ⇒ Dano: refere-se a um interesse jurídico fundamental de natureza extrapatrimonial, que tenha como titular a coletividade.
- ⇒ Intolerabilidade da ilicitude: observa-se aqui a repercussão social do fato.
- ⇒ Nexu causal: é o liame entre a conduta e o dano.

O dano moral coletivo é observado *in re ipsa*, ou seja, é perceptível e verificado em virtude da conduta ilícita presente, que viola de maneira injusta e intolerável interesses de natureza transindividual (que extrapolam a esfera individual). Desta forma, não se cogita para sua demonstração prova de prejuízo, e o dano encontra-se evidenciado pelo próprio fato da violação, salientando que o fato, sim, é suscetível de prova. Este também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

A consequência do ato ilícito deve ser analisada, para configuração do dano moral coletivo, no âmbito da coletividade e não individualmente. Leonardo Roscoe Bessa citado na obra de Xisto Tiago de Medeiros Neto, alude que “o dano extrapatrimonial, na área de direitos metaindividuais, decorre da lesão em si a tais interesses, independentemente de afetação paralela de patrimônio ou de higidez psicofísica” (MEDEIROS NETO, 2007, p. 136). Logo, se o interesse que se busca proteger é atingido pela conduta lesiva, há que se buscar a punição, a condenação de espírito punitivo para o dano moral coletivo.

Deve-se então para a configuração do dano moral coletivo verificar a lesão a direitos transindividuais que tenham como titulares uma coletividade, sem a necessidade dos efeitos negativos, inerentes à esfera subjetiva. Seriam efeitos negativos as consequências, que nesse momento são secundárias, sentimentais do dano na psique do(s) indivíduo(s), como inferioridade, despreço, desvalor, repulsa, menosprezo, consternação, abalo psíquico, perturbação, aflição.

Para a caracterização do dano moral coletivo, relevante é analisar a existência da proteção jurídica de interesse titularizado pela coletividade, uma vez que o sistema jurídico visa a garantir o direito à dignidade da pessoa humana de forma plena e não apenas na sua forma individualizada, já que a aceitação do dano moral coletivo é a efetiva ampliação do conceito do dano moral, que deixa de ser a exclusiva dor psíquica, que advém somente da pessoa física em si.

Outro ponto seria a necessidade de se olhar o direito no ângulo coletivo, devido ao desenvolvimento da sociedade e ao aumento dos conflitos, o que visa a proteger os interesses da coletividade, exigindo uma estrutura jurídica, material e processual para sua plena defesa. Na mesma linha de pensamento há a excelente definição da caracterização do dano moral coletivo de Xisto Tiago de Medeiros Neto, que oportunamente registra:

O dano moral coletivo não se vincula nem se condiciona diretamente à observação ou demonstração efetiva de tais efeitos negativos, visto que constituem eles, quando perceptíveis coletivamente, mera conseqüência do dano produzido pela conduta do agente, não se apresentando, evidentemente, como pressuposto para a sua configuração. (MEDEIROS NETO, 2007, p. 129).

Além das hipóteses anteriormente mencionadas há a configuração do dano em análise quando os trabalhadores são submetidos a situações vexatórias, constrangedoras ou humilhantes. Tal situação pode ser vislumbrada na decisão do TRT da 21ª Região que condenou a Cia. Brasileira de Bebidas (Ambev) a pagar indenização ao FAT, no valor de um milhão de reais, pelas práticas adotadas com os funcionários que não atingiam as metas da empresa. Esses funcionários não podiam sentar durante as reuniões, tinham de dançar na presença de outros colegas e usar camisetas com dizeres ofensivos. TRT da 21ª R. – RO n.º 01034-2005-001-21-00-6 (ac 61415) Juíza Relatora: Joseane Dantas dos Santos – j. 15.08.2006 – publicado no DJE/RN em 22.08.2006.

É importante destacar que algumas condutas que geram dano moral coletivo são muito recorrentes. Segue um quadro que demonstra as condutas com maior incidência:

1.º	Discriminação em relação ao gênero, à idade, à opção sexual, à nacionalidade, às pessoas portadoras de deficiência e de enfermidades, ou aos integrantes de determinada classe social, religião, etnia ou raça.
2.º	Exploração do trabalho de crianças e adolescentes, em violação ao princípio constitucional da dignidade humana e da proteção integral.
3.º	Submissão de grupo de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívida.
4.º	Manutenção de meio ambiente de trabalho inadequado e descumprimento de normas trabalhistas básicas de segurança e saúde, gerando riscos ou danos à integridade psicofísica dos trabalhadores.

5.º	Prática de discriminação, assédio (moral ou sexual) e ameaça aos trabalhadores, e a sua submissão a situações humilhantes e vexatórias.
6.º	Uso de fraude, coação ou dolo para burlar ou sonegar direitos trabalhistas.
7.º	Criação de obstáculos e ardis para o exercício da liberdade associativa e sindical, com ameaça e intimação aos trabalhadores.

Pode ser observada em todos os casos a lesão a interesses jurídicos extrapatri-
moniais da coletividade, situação que merece reparação.

2.7. Reparação do dano moral coletivo

A reparação do dano moral coletivo se justifica quando analisada a prevalência de direitos difusos e coletivos que merecem plena preservação. A condenação do ofensor ao pagamento de parcela pecuniária tem finalidade sancionatória ou dissuasória para o ofensor, preventiva, satisfativa para a vítima e, ainda, exemplificativa para a sociedade. A condenação deve ser imposta e arbitrada de maneira suficiente a sancionar o autor e inibir novas violações da mesma natureza.

O ordenamento jurídico brasileiro teve como primeiro instrumento legal de reparação do dano moral coletivo a Lei n. 4.717/65, uma antiga ação popular que defendia o interesse difuso no tocante à preservação do patrimônio público, decretando a invalidade do ato lesivo e condenando os responsáveis em perdas e danos.

Posteriormente, com advento da Constituição da República de 1988, adotou-se o princípio da reparação integral, art. 5.º, V e X, tutelando toda forma e alcance de dano, patrimonial, moral, estético, espiritual ou histórico.

A Lei n. 7347/85 (Ação Civil Pública) c/c a Constituição da República permitiu a proteção a qualquer interesse coletivo ou difuso, sem as restrições anteriormente existentes antes da nova ordem constitucional. O Ministério Público, em virtude do art. 129, III da Constituição, tem legitimação qualificada para propor a ação civil pública que tutela qualquer interesse difuso, coletivo, transindividual e de natureza extrapatri-
monial.

Sendo assim, são legitimados para propositura da ação coletiva, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública Direita e Indireta e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que tenham fim institucional específico. Essa legitimidade não é exclusiva e sim concorrente, logo a iniciativa tomada por um dos legitimados não im-

pede que outro venha a participar da ação como litisconsórcio. Entretanto, cabe ressaltar que dentre os legitimados, o Ministério Público do Trabalho apresenta melhores instrumentos para a defesa coletiva dos trabalhadores, além de estar constitucionalmente elegido para guardar os interesses difusos da sociedade, art. 127 CR.

A expressão “danos morais” e “patrimoniais” foi inserida na Lei de Ação Civil Pública em 1994, com a Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste), eliminando qualquer entendimento contrário à tutela legal do dano moral coletivo. Fica, assim, a redação do art. 1.º *caput* da Lei de Ação Civil Pública: “Regem-se, pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados”, e afirma-se que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela LACP.

Quando da caracterização do dano moral coletivo, o agente da conduta injusta responderá pela reparação do dano sofrido, sendo irrelevante a demonstração de culpa; logo, encontra-se uma forma de responsabilidade civil objetiva. As condutas injustas podem ter teor discriminatório, abusivo ou fraudulento, como se vislumbra no caso de contrato de relação de trabalho quando há exploração de trabalho infantil, trabalho escravo, forçado, terceirizado ilegalmente, ou ainda discriminação de qualquer natureza, raça, religião, gênero, idade, violação dos princípios morais, entre tantas outras.

A reparação do dano moral coletivo ainda causa intenso debate, no que tange a estabelecer parâmetros objetivos para fixação pecuniária. A reparação que trata esse contexto não é uma reparação típica das relações privadas e individuais, já que os objetivos das legislações que protegem o dano moral coletivo são diversos daquelas.

Nessa forma de reparação punitiva, vez que o Direito brasileiro já prevê essa hipótese de sanção privada, também chamada de indenização punitiva, deve ser arbitrado o *quantum*, observando-se a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o eventual proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou de dolo, se presente, a verificação de reincidência e o grau de reprovabilidade social da conduta adotada.

A caracterização e reparação do dano moral coletivo ocorreram efetivamente, a título de exemplo, na Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, quando o Tribunal Superior do Trabalho entendeu procedentes as acusações de obtenção de vantagem ilícita por meio de lides simuladas, já que o ato de homologar acordo na rescisão de contrato atenta contra a dignidade da justiça. Havendo arbitramento de multa de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por descumprimento das obrigações negativas, não

obstando essa cominação a configuração do dano moral coletivo existente devido à conduta da empresa, devendo o dano ser reparado com multa no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de indenização a ser revertida ao FAT. (Processo n. RR-1156/2004-004-03-00.9)

2.8. Prazo prescricional

A prescrição é instituto típico do Direito privado e refere-se à extinção da pretensão reivindicatória do titular de um direito em virtude do transcurso do prazo fixado em lei, direito esse de natureza patrimonial e disponível. Desta forma, a inércia injustificada, por determinado interregno temporal, do titular da prevenção, faz com que a prescrição opere seus aludidos efeitos em virtude do princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas.

Entretanto, na seara dos direitos transindividuais, em que há a indeterminação dos integrantes da coletividade, a indivisibilidade dos interesses e a extrapatrimonialidade dos direitos, a inércia do legitimado à reivindicação não poderia prejudicar toda uma coletividade. Logo, no que tange à prescrição para propositura de ação destinada a reparação de dano moral coletivo, entende-se impossível sua incidência, visto referir-se à dignidade da pessoa humana e ter dimensão coletiva.

Normalmente a lesão a interesses transindividuais tem efeitos danosos perpétuos no tempo e continuidade em suas consequências, incompatível com a ideia pretendida pelo instituto da prescrição. A prescrição, neste contexto, estaria ferindo o senso de justiça, uma vez que em virtude da inércia dos entes legitimados para a propositura da ação civil pública, o agente causador da lesão deixaria de ser responsabilizado, ficando assim isento de qualquer sanção.

Pelo fato de não haver previsão na Lei n. 7.347/85 no que se refere à prescrição c/c a disposição da Constituição da República art. 37 §5.º, que estabelece a imprescritibilidade das ações relativas ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário público, a doutrina tem decidido pela interpretação analógica, vez que seriam apresentados os mesmos motivos para a inoccorrência da prescrição, já que se tratam de interesses igualmente metaindividuais e transindividuais. Não tendo amparo jurídico o tratamento desigual a interesses igualmente relevantes.

A jurisprudência dominante tem adotado o mesmo entendimento:

não se há que falar em prescritibilidade de pretensões envolvendo direitos metain-

dividuais, nas modalidades de direitos difusos e coletivos, por não serem dotados de feição patrimonial, não possuírem titulação definida e revestidos da qualidade de indisponibilidade (Agravo de Petição n. 00360.2005.061.23.00-9, TRT 23ª Região, Rel. Juiz Paulo Brescovici, DJE 22.03.2007).

2.9. Destino das indenizações

No caso de condenação judicial por dano moral coletivo, a parcela pecuniária deve ser destinada conforme estabelece o art. 13 da LACP:

Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Esse fundo é vinculado ao Poder Executivo que deve receber e gerir os valores obtidos. A reversão da reparação pecuniária ao fundo foi o meio encontrado para solucionar a questão da transindividualidade e da indivisibilidade do interesse atingido, uma vez que a titularização pertence a uma coletividade cujas pessoas são indeterminadas, traduzindo assim, a impossibilidade de reparação direta em favor dos integrantes da respectiva coletividade.

A destinação da indenização ao fundo tem por objetivo prover a defesa dos interesses atingidos. Quando não for possível individualizar os interesses lesados, a pecúnia será destinada à proteção de interesses equivalentes àqueles que geraram a condenação.

O FDD - Fundo de Defesa de Direitos Difusos (Lei n. 7.347/85), regulamentado pelo Decreto Federal n. 1.306/94 e pela Lei n. 9.008/95, tem por finalidade a reparação dos danos causados no que tange às áreas do direito ambiental, consumidor, artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, entre outros interesses difusos e coletivos.

Já na seara trabalhista existe um fundo específico para destinação destas indenizações, que é o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), que foi criado pela Lei n. 7.998/90, e tem por finalidade custear o Programa de Seguro Desemprego, o pagamento do abono salarial e o financiamento de programas de desenvolvimento econômico, conforme art. 10 da referida lei.

A existência de um fundo específico para as indenizações inerentes às relações

de trabalho se justifica pela inadequação do Fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/85, já que o FAT apresenta maior aptidão para aplicar os recursos em prol dos interesses jurídicos lesados.

Cabe salientar que é possível a convolação ou o redirecionamento da parcela indenizatória, ocorrendo assim, outra aplicação que não o Fundo específico, o que ocorre no caso de conciliação judicial, quando será acordada a transformação do respectivo valor em obrigações ao réu. Para essa transformação é essencial que seja observada a contribuição que essa obrigação terá para a proteção e promoção dos bens jurídicos lesados. A título de exemplo, pode-se ter a promoção ou financiamento de campanhas publicitárias ou educativas, a realização de determinada obra, a aquisição ou entrega de bens a entidades públicas ou privadas de interesse social, assim como a execução de projetos, observada a proporcionalidade e a razoabilidade entre o valor fixado e o custo financeiro da obrigação. Tais situações podem ser verificadas nas ações civis públicas n. 166/2006 (2ª Vara do Trabalho de Teresina - PI), n. 214/06 (Vara do Trabalho de Redenção - PA) e na Vara do Trabalho de Curitiba, processo n. 05/02, Juíza Graziela Carola Orgis, em 08/07/2004, referente à disponibilização do direito de exploração de horário televisivo de programas com atuação do MPT.

3. Considerações finais

O dever de não lesar direito alheio e as demais regras do ordenamento jurídico devem ser exaustivamente observados em todos os contextos das relações interpessoais. Especialmente na órbita trabalhista da tutela coletiva, o objetivo primeiro é o de garantir o equilíbrio, o desenvolvimento e a paz social.

A todos, individual e coletivamente considerados, deve ser garantida a integridade moral e patrimonial. Ocorrendo a violação desses direitos, o Estado deve estar preparado para fixar a sanção adequada àquele que gere dano injusto a outrem.

Com o desenvolvimento do pensamento jurídico, no que tange à responsabilidade civil e ao dano moral coletivo, o sistema jurídico vem dando respostas cada vez mais concretas e satisfatórias diante dos atos e omissões que afetem a dignidade da pessoa humana.

Observa-se, nitidamente, o crescente número de questões envolvendo a temática abordada e a tendência dos órgãos judiciários em julgar procedente o pedido de indenização por danos morais coletivos. A matéria antes tímida vem despertando in-

teresse no que se refere a sua compreensão e ao seu enfrentamento, atualmente aceitando a ocorrência de danos morais ou extrapatrimoniais e a imprescindibilidade de sua reparação.

Diante dessa evolução, concepções que anteriormente vinculavam obrigatoriamente o dano moral à apresentação de elementos subjetivos como a dor, o sofrimento e angústia, deram lugar a um novo conceito, de natureza objetiva, o denominado *damnum in re ipsa*, que admite a existência e a configuração do dano emergente do próprio fato.

Vale salientar que a admissibilidade e a reparação do dano moral coletivo trazem conseqüentemente a proteção a interesses individuais, visto que as agressões aos interesses coletivos em geral passarão primeiro pela agressão ao direito individual do trabalhador. A reparação do dano, além de prestar uma satisfação ao lesado e à coletividade de uma forma geral, também sanciona ou pune o lesante desestimulando novas condutas antijurídicas.

A postura do magistrado é de essencial importância no que se refere à fixação do *quantum*, que deve ser suficiente para reprovar, punir e desestimular a conduta lesiva e razoável para que não leve o ofensor à falência. Com essa mesma finalidade, admite-se a adoção de outras formas de reparação no caso de o ofensor não suportar economicamente a reparação do dano, sendo possível nesta situação impor-lhe a realização de determinado comportamento, prática de ação ou abstenção de ato, para que o lesante não fique ausente de qualquer condenação.

Toda transformação no campo do dano moral coletivo foi impulsionada pela vigência da Constituição da República de 1988, que trouxe novo tratamento ao instituto, refletindo ainda na responsabilidade civil, na proteção integral à pessoa humana, conforme art. 5.º, V e X.

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002 rompeu com as fortes características do individualismo, inerentes ao Código Civil de 1916, e destacou o social, o coletivo, admitindo o dano moral e a obrigação de indenizá-lo, como delineado nos arts. 186 e 927 da aludida norma.

Houve, assim, a valoração e o reconhecimento crescente dos interesses transindividuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos. As indenizações por dano moral coletivo tiveram regulamentação específica quanto à destinação, estabelecendo que as parcelas de condenações em pecúnia, na órbita trabalhista, sejam revertidas ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Por fim, mesmo sendo necessário o aperfeiçoamento do Sistema Jurídico neste e em outros institutos, atualmente deve-se comemorar, visto que a ofensa aos valores essenciais do contexto social tem recebido o devido reconhecimento e a efetiva reparação, por meio dos mecanismos legalmente constituídos para sancionar as condutas lesivas, desestimular novas lesões, evitando a incidência de danos morais coletivos que somente denigre o Estado Democrático de Direito.

Referências

BÍBLIA SAGRADA. *Livro de Deuteronômio*. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1994. cap. 22, vers. 28-30, p. 221.

BRASIL. *Código Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Gisele Carvalho. 30 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

BRASIL. *Consolidação das Leis Trabalhistas, Código de Processo Civil, Legislação Trabalhista e Processual Trabalhista, Legislação Previdenciária e Constituição Federal*. Organização dos textos por Nelson Mannrich. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

MELO, Nehemias Domingues de. *Dano moral trabalhista: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

PLANALTO. *Legislação*: Brasília: atualizado diariamente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/leg.asp>>. Acesso em: ago. e set. 2009.

ROMITA, Arion Sayão. Dano Moral Coletivo. *Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, v. 24, n. 283, p. 27-33, jul. 2007.

Dano moral no direito difuso

Moral damage in the diffuse right

Kise de Noronha Matos

10.º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas.

e-mail: kismetos@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho busca delinear o dano moral no direito difuso, fazendo distinções entre os demais direitos transindividuais, dando ênfase para a diferença havida entre direito coletivo e difuso. O objetivo principal é demonstrar que há possibilidade de indenização decorrente de lesões a interesses difusos nas mais diversas áreas (meio ambiente, a ordem pública, consumidor), e que a legislação vigente prevê um fundo especial para destino de tal reparação.

Palavras-chave: Direitos Transindividuais. Dano moral difuso. Responsabilidade. Dano indenizável.

Abstract: The present work intends to outline the moral damage in the diffuse right, by making distinctions among the other trans-individual rights, emphasizing the difference between the collective right and the diffuse right. The main objective is to demonstrate that there is a possibility of indemnification coming from lesions to diffuse interests in lots of areas (environment, public order, consumer), and that the present legislation foresees a special fund for such indemnity.

Keywords: Trans-individual rights. Diffuse moral damage. Responsibility. Damage subject to indemnity.

1. Introdução

O presente trabalho traz à tona os chamados direitos transindividuais, quais sejam, difuso, coletivo e individual homogêneo, com a conceituação e diferenciação de cada um, priorizando a discussão acerca da existência do dano moral no direito difuso, visto se tratar de tema polêmico e atual.

O próprio dano moral foi tema bastante discutido no que diz respeito à sua aceitação no direito brasileiro por não se aceitar o dano moral puro, não acompanhado de um dano material. Com a Constituição da República, que previu explicitamente a

reparação do dano moral no artigo 5.º, incisos V e X, acabaram os espaços para recusas hesitantes.

A responsabilidade civil também será estudada no sentido de mostrar a importância de tal elemento na configuração do dano, pois sem este não há que se falar em responsabilidade. Também há conveniência de se estudar mais detidamente as diferenças havidas entre os direitos coletivos e difusos, visto que muitos autores ainda não fazem uma diferenciação entre eles, tratando-os como sinônimos, o que não procede.

Ponto extremamente importante, cerne do nosso trabalho, seria a possibilidade ou não da existência do dano moral no direito difuso. Será que a coletividade (lato sensu) poderia ter sua moral atingida? Em caso de resposta afirmativa, para onde iria o produto de tal indenização e quem deve recebê-lo?

2. Direitos transindividuais

O objetivo deste trabalho é estudar a possibilidade de existência de dano moral em direitos difusos. E para tanto, se faz necessário conceituar o que vem a ser direito transindividual.

Transindividual é termo utilizado para se referir àquilo que transcende o indivíduo, que vai além do caráter individual da percepção do interesse existente. Dividem-se em difuso, coletivo e individual homogêneo. Segundo Melo,

são chamados de transindividuais ou metaindividuais certos interesses ou direitos pelo fato de que os mesmos transcendem a esfera privada e pessoal do indivíduo porque não pertencem a uma só pessoa. São direitos de todos os cidadãos dispersamente considerados na coletividade; a lesão de um constitui ofensa a toda a coletividade, assim como a satisfação de um também implica a satisfação de todos, daí a sua indivisibilidade como marca principal norteadora do procedimento de tutela dos mesmos (MELO, 2004, p. 29).

Márcio Flávio Mafra Leal preleciona: “Para alguns, o reconhecimento dos direitos coletivos ou difusos, decorrem de movimentos sociais que emergiram na virada da década de 50 para 60, representados por mulheres e negros norte-americanos e, em menor escala, por ambientalistas e consumeristas” (LEAL, 1988, p. 98-101). Para os europeus, seriam considerados direitos de terceira geração, desdobramentos dos direitos

de primeira e segunda geração.

Os direitos transindividuais estão previstos na Constituição Federal embora alguns deles decorrem se interpretação sistemática e/ou teleológica do sistema constitucional. O artigo 129, III prevê:

Art. 129. São funções do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros *interesses difusos* e coletivos.

Além de referido artigo, podemos citar dentre os vários interesses difusos cuja tutela é prevista expressamente ao nível constitucional: Arts. 21, XII, b, e 225; Art. 203, I e III (assistência à marenidade, infância e a adolescência; 208, I (ensino primário gratuito); 216 e parágrafo primeiro (proteção ao patrimônio histórico, cultural e paisagístico); 170, III (função social), 5º, I e VIII (a interdição de discriminações sociais); 170, VIII e parágrafo único (proteção à força-trabalho); 170, IV e parágrafo único (proteção à liberdade de iniciativa).

E também no CDC em seu artigo 81:

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

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

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O direito difuso está situado numa esfera intermediária, não podendo afirmar ser matéria de interesse exclusivamente pública ou privada, até porque no direito não

existe compartimentos estanques. O melhor entendimento seria de que se trata de direitos sociais regidos por normas de ordem pública.

Inseridos no contexto dos direitos transindividuais – que também são chamados de coletivos *lato sensu*, temos as espécies: individual homogêneo, direito coletivo (*strictu sensu*) e o direito difuso.

2.1. Direito difuso, coletivo e individual homogêneo

Espécies de direitos transindividuais, temos os chamados difuso, coletivo e individual homogêneo, que estudaremos separadamente para uma melhor visualização de suas características.

Começaremos pelo direito difuso, apenas superficialmente pois como tema principal do presente trabalho, estudaremos com maior propriedade em capítulo próprio. Para Mazzili,

Direitos difusos são aqueles cujos titulares não são determináveis e estão ligados por circunstâncias de fato. São indivisíveis porque, embora comuns a uma categoria de pessoas, não se pode quantificar qual a parcela que cabe a cada lesado, como o ar que respiramos ou a paisagem apreciada pelos moradores de uma região (MAZZILI, 2007, p. 673).

Já nos direitos coletivos, *strictu sensu*, os sujeitos são determináveis, o objeto indivisível e a relação se origina de uma relação jurídica.

Preleciona Rizzato Nunes:

Nos chamados direitos coletivos, os titulares do direito são indeterminados, mas determináveis. Para verificação de existência de um direito coletivo não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Toda via, esse titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo (NUNES, 2004, p. 691).

Constatada a relação jurídica básica comum, o objeto da pretensão, tendo que ser uniformemente atribuído a seus integrantes, estaremos diante do chamado direito coletivo. Essa uniformidade exigida no ressarcimento da pretensão decorre de o bem jurídico não pertencer a um indivíduo apenas, mas a todos em conjunto, simultaneamente.

O individual homogêneo é uma espécie de direito coletivo, em que o grupo é determinável, o objeto da ação é divisível e de origem comum. Não se confunde com o coletivo, pois neste o que os une é uma situação jurídica, sendo naquele uma situação de fato. Outro ponto diferenciador é quanto à divisibilidade do objeto, pois no individual homogêneo a restituição do dano é variável, de acordo com a ofensa sofrida por cada um. Assim conceitua Hugo Nigro Mazzilli: “Os interesses serão individuais homogêneos a ligar inúmeros consumidores, quando toda a série de um produto saia de fábrica com o mesmo defeito” (MAZZILLI, 2007). Se uma pessoa tiver adquirido mais de uma unidade do produto será ressarcida nessas proporções, ao contrário daquele que adquiriu apenas uma.

2.2. Direito difuso

Tema controvertido na doutrina, o direito difuso tem como características básicas o fato de os sujeitos serem indeterminados, o objeto ser indivisível e o direito ser originar de uma situação de fato. O direito difuso vem escalonado juntamente com as demais espécies de direitos transindividuais já comentados, mas o seu campo de proteção destoa das demais espécies, devido ao grau de interesse ainda mais elevado de coletivização e mais abrangente que o interesse geral e público.

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso,

os interesses difusos, isto é, aqueles que depassam a órbita dos grupos institucionalizados, pelo fato de que a indeterminação dos sujeitos concernentes não permite sua captação ou atribuição em termos de exclusividade, são os que mais necessitam de tutela porque são os mais desprovidos dela (MANCUSO, 2004, p. 92).

O direito difuso não é matéria que tenha surgido há pouco tempo. Ao contrário do que se pensava, sempre existiu e ganhou forças nas últimas décadas por causa da massificação da sociedade e da evolução do direito que não trata somente da relação indivíduo versus indivíduo, mas da sociedade como um todo em sua coletividade, graças à globalização, ao sindicalismo e as corporações, por exemplo. Assim assevera Mancuso:

O primeiro passo para a “revelação” dos interesses difusos deu-se com o advento da Revolução Industrial e a conseqüente constatação de que os valores tradicionais, indivi-

dualistas do século XIX não sobreviveriam muito tempo, sufocados a uma sociedade “massificada” (MANCUSO, 2004, p. 92).

A grande diferença do direito difuso quanto aos demais (coletivos, individual homogêneo) reside na indeterminação do sujeito, pois na tutela difusa não se pode identificar quem são os ofendidos, pois estes são indetermináveis. Essa indeterminação advém, em sua grande maioria, do fato de não haver vínculo jurídico entre indivíduos afetados, ou seja, eles se agregam ocasionalmente em virtude de consumirem certo produto, de viverem numa mesma comunidade ou simplesmente por compartilharem pretensões semelhantes; são afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza. Segundo Rizzato Nunes,

Isso não quer dizer que alguma pessoa em particular não esteja sofrendo a ameaça ou o dano concretamente falando, mas apenas e tão somente que se trata de um direito, que apesar de atingir alguém em particular, merece especial guarida porque atinge simultaneamente a todos (NUNES, 2004).

Usando o exemplo da publicidade enganosa, esta pode estar veiculando um produto que na verdade não cumpre o prometido e uma pessoa em particular sofrer os danos por ele causados. Nada obsta que esse indivíduo entre com uma ação de reparação, pois o direito também protege a pessoa na sua individualidade. Porém, o fato de uma pessoa ser atingida pelo anúncio não quer dizer que os elementos determinantes do direito difuso não estejam presentes. “Deve-se impedir a violação do direito difuso, no caso, o anúncio enganoso” (NUNES, 2004) propriamente dito.

Entende Mancuso: “Sob a ótica objetiva, verifica-se que os interesses difusos são indivisíveis, no sentido de serem insuscetíveis de partição em quotas atribuíveis a pessoas ou grupos preestabelecidos” (MANCUSO, 2004). A satisfação de um inclui a satisfação de todos, assim como a lesão de um constitui lesão de toda coletividade. No exemplo da propaganda enganosa, veiculada por qualquer meio de comunicação de massa, basta que pessoas tenham acesso ao anúncio enganoso para que esteja configurado o dano difuso.

2.3. Diferenças entre direito coletivo e difuso

Importante fazer uma diferenciação entre os dois interesses citados, pois há uma parcela da doutrina que não reconhece a diferença entre o direito coletivo e o difu-

so, alegando serem sinônimas, mostrando idêntica realidade. Assevera Mancuso: “E que se houvesse, esta seria tão sibilina que não justificaria uma tentativa de distinção” (MANCUSO, 2004). Autores como Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Edis Milaré e Nelson Nery Junior usam as expressões como se fossem sinônimas, embora reconheçam “haver tentativas respeitáveis” de se tentar diferenciar os conceitos. Já para Celso Bastos, José Carlos Barbosa Moreira e Ada Pellegrini Grinover, existe distinção entre os dois termos e que essa corrente seria a mais aceitável.

Partilhando da mesma opinião que renomados autores, não podemos deixar de observar que tais interesses, coletivos e difusos, vem expressamente previstos na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor como direitos distintos.

A abrangência do interesse difuso é muito maior que no coletivo, pois enquanto aquele protege um universo maior, podendo abranger até toda a humanidade, o coletivo tem sua área de abrangência reduzida pelo fato de que se protegem grupos com vínculos jurídicos determinados.

Assim preleciona Mancuso que “o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção corporativa, ao passo que no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente como ser humano” (MANCUSO, 2004). Como exemplo de proteção de interesses difusos, citem-se medidas preventivas para evitar a poluição do ar de determinada cidade, a veiculação de publicidade enganosa ou abusiva.

3. A responsabilidade civil

Estudaremos neste capítulo o que vem a ser a responsabilidade civil, pois esta é de suma importância quando da ocorrência de uma lesão a um bem jurídico, causando-lhe dano. Importa-nos saber que a responsabilidade civil surge quando alguém viola uma situação jurídica ou fática, causando lesão de natureza material e/ou moral, obrigando o agente causador a reparar o dano. A grande finalidade de tal instituto é o restabelecimento do equilíbrio violado pelo dano e o ressarcimento dos prejuízos.

Importante salientar que sem dano não há que se falar em responsabilidade civil, esta inexistente sem ele; o que não podemos deixar de mencionar é que o direito difuso é protegido moralmente, nunca perdendo de vista que a coletividade, seja lato ou *strictu sensu*, também é dotada de moral e princípios passíveis de lesões. Cada vez mais a doutrina vem se preocupando em demonstrar que tal dano é perfeitamente cabível no direito difuso.

Assevera Bessapa:

Atualmente tornaram-se necessárias e significativas para a ordem e a harmonia social a reação e a resposta do direito em face de situações em que determinadas condutas vêm a configurar lesão a interesses: juridicamente protegidos, de caráter extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade. Ou seja, adquiriu expressivo relevo jurídico, no âmbito da responsabilidade civil, a reparação do dano moral coletivo (em sentido lato) (BESSAPA, 2006, p. 134).

4. O dano moral no direito brasileiro

Antes de iniciarmos a análise do dano moral no nosso ordenamento, mister se faz uma conceituação do que vem a ser dano. Nas palavras de José de Aguiar Dias “o conceito de dano é único, e corresponde à lesão de um direito” (DIAS, 1995, p. 737). O dano consiste na lesão sofrida não só em componentes puramente patrimoniais, mas também em elementos da esfera moral do titular. O seu elemento característico é a dor, tomado o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, quanto os morais propriamente ditos. Seriam exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz.

Wilson Melo da Silva assim o define:

Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoal natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico (SILVA, 199, p. 1).

Caio Mário da Silva Pereira, tratando do dano moral, ensina: “o fundamento da reparação pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo a ordem jurídica conformar-se em que sejam impunemente atingidos”.

Nem sempre o dano moral foi aceito em nosso ordenamento, encontrando grande resistência para impor-se, chegando a ser negado por célebres autores. De acordo com Felipe Peixoto,

em passado recente no Brasil, o dano moral não era indenizável. Evoluiu-se, depois, para aceitar sua reparação, desde que acompanhado de um dano material. Contudo, cer-

tos julgados, ainda antes da Constituição de 1988 admitiam o dano moral puro (desacompanhado de um dano material), mas no cálculo da indenização, se revelava, claramente, que se estava indenizando prejuízos materiais e não morais. Tal posição era bem reveladora da opção, então reinante, de prestigiar o patrimônio em detrimento da pessoa. Se pais tivessem um filho menor morto, em acidente causado por outrem, receberiam apenas, como indenização, as despesas do luto e do funeral. Isso prevaleceu no Brasil até meados dos anos sessenta (BRAGA NETTO, 2008, p. 22).

Os autores do século passado, não adeptos da indenização moral, partiam de dois argumentos bastante duvidosos: a) a dor não admite compensação pecuniária; b) não é possível avaliar o dano moral, pois não é possível medir a dor.

Segundo Carlos Edison do Rêgo, “o divisor de águas que sinalizou a mudança de rumo aconteceu no Supremo num julgado da relatoria do Min. Aliomar Baleeiro. Nele, o supremo deu provimento a um recurso extraordinário e reconheceu que o dano moral, é sim, indenizável” (MONTEIRO FILHO, 2000, p. 10). Hoje a reparação por danos morais está solidificado e aceito com tranquilidade pela doutrina e pela legislação, conforme art. 5.º da constituição em seus incisos V e X.

5. Dano moral no direito difuso

Conforme visto no capítulo anterior, o direito brasileiro passou por muitas discussões acerca de ser ou não indenizável o dano moral. Hoje é pacífico na doutrina e jurisprudência que tal dano é perfeitamente admissível, visto ser considerados danos compensatórios, conforme esclarece Felipe Peixoto Braga Netto: “Os danos materiais são ressarcíveis, ou seja, é possível em relação a eles o retorno ao estado anterior ao dano, ao *status quo* anterior. Todavia, os danos morais são compensáveis, não ressarcíveis, pois a indenização aqui serve para compensar a vítima” (BRAGA NETTO, 2008, p. 18).

Não há dúvidas de que o indivíduo seja indenizável por lesões de cunho moral, sentimental, em relação ao sofrimento causado por ato de terceiros. Seria possível o mesmo raciocínio na esfera da coletividade *lato sensu*, qual seja no direito difuso? É inegável que a coletividade também pode ter sua moral atingida; senão, vejamos:

O conceito de dano moral coletivo não deve se restringir ao sofrimento ou à dor pessoal e sim ser compreendido como toda modificação desvaliosa do espírito coletivo, ou seja,

a qualquer violação aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade. Com efeito, toda vez em que se vislumbrar o ferimento a interesse moral (extrapatrimonial) de uma coletividade, configurar-se-á dano possível de reparação, tendo em vista o abalo, a repulsa, a indignação ou mesmo a diminuição da estima, infligidos e apreendidos em dimensão coletiva, entre outros efeitos lesivos. Nesse passo, é imperioso que se apresente o dano como injusto e de real significância, usurpando a esfera jurídica de proteção à coletividade, em detrimento dos valores (interesses) fundamentais do seu acervo (BESSAPA, 2006, p. 136).

Havendo lesão extrapatrimonial de uma coletividade aquele que causou tal lesão deve reparar o dano. Levando-se em conta que uma das características do direito difuso é a indeterminação dos sujeitos, eles não são se quer determináveis, como seria essa reparação?

Essa reparação teria como função desestimular a violação dos direitos coletivos (*lato sensu*) exercendo dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor. Como exemplo, podemos citar a Justiça Federal do Rio Grande do Sul, que condenou a empresa Furacão 2000 produções artísticas Ltda. ao pagamento de multa de R\$ 500 mil reais por danos morais difusos às mulheres por causa da música “Um tapinha não dói”. Para aquele Juízo, a letra de tal música seria uma incitação à violência contra as mulheres.

Por fim, em relação à destinação do dinheiro decorrente da condenação em dano moral difuso observa, “o direcionamento da parcela pecuniária ao Fundo (FDD – Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – estudado no próximo capítulo) é de importância indiscutível por apresentar-se a lesão, em essência, ainda mais fluida e dispersa no âmbito da coletividade” (BESSAPA, 2006, p. 89).

O instrumento adequado para a defesa de interesses transindividuais em juízo é a Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), precioso meio para que os interesses em seu estado fluido sejam protegidos.

Hugo Nigro Mazzilli assevera:

Diante, das inevitáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre se a ação civil pública da lei 7.347/85 também alcançaria ou não os danos morais, o legislador resolveu explicitar a *mens legis*. A lei numero 8.884/94 introduziu uma alteração na LACP, segundo a qual passou a ficar expresse que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a lei. Não se justifica o argumento de que não pode existir dano moral

coletivo, já que o dano moral está vinculado à noção de dor ou sofrimento psíquico individual. Ora, os danos transindividuais nada mais são do que um feixe de lesões individuais (MAZZILI, 2007, p. 143).

5.1. Fundo de defesa dos direitos difusos

Uma das questões levantadas a respeito da indenização por dano moral difuso seria a destinação adequada ao produto eventual de tal condenação. Segundo Mazzilli, “esse problema da destinação do produto da condenação, foi por muito tempo um dos maiores obstáculos ao surgimento do processo coletivo” (MAZZILI, 2007, p. 496).

O Decreto n.º 1.306, de 9 de novembro de 1994, que regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985) veio sanar o problema. A Lei da Ação Civil Pública trata das ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a interesses difusos e coletivos, tendo, a referida ação, por objeto, a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Prevê o art. 13 da mesma lei que:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Se o produto da indenização se referir a danos indivisíveis irá para tal fundo em que este empregará o dinheiro de maneira bastante flexível, em proveito do bem lesado para uma reconstituição. O artigo 1.º do Decreto nº 1306/94 diz:

Art. 1º. O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

Todas as receitas destinadas a este Fundo são depositadas em conta especial mantida no Banco do Brasil S.A., em Brasília/DF, denominada "Ministério da Justiça - CFDD - Fundo", devendo as receitas provenientes de condenações judiciais de multas administrativas serem identificadas segundo a natureza da infração ou do dano causa-

do. Importante ressaltar que o fundo de defesa dos direitos difusos, também abarca os direitos transindividuais divisíveis (como o individual homogêneo), e nesse caso, havendo uma condenação, o dinheiro será destinado diretamente a ser repartido entre os próprios lesados.

O Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos anualmente comunica à sociedade as principais ações, prioridades e quantifica resultados atingidos. De acordo com relatório publicado sobre a gestão de 2007, quarenta e dois projetos foram financiados pelo Fundo (Fonte: site do ministério da Justiça- www.mj.gov.br).

6. Conclusão

É inegável a importância que os direitos transindividuais vêm assumindo em nosso ordenamento jurídico. Como transindividuais, entendemos os direitos que passam a órbita individual e alcançam um número indeterminado de pessoas. Mais que a individualidade de cada um, o direito vem se preocupando em tutelar bens que, devido ao seu estado fluido, às vezes passam despercebidos pela tutela jurisdicional, tais como poluição de uma cidade, um anúncio enganoso veiculado em meios de comunicação de massa. São interesses em que, devido à sua própria natureza, não se pode identificar os sujeitos atingidos.

Nascem daí os chamados Direitos Difusos, uma espécie de direito transindividual que devido à sua caracterização - indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto e relação jurídica de fato - merecem tutela jurídica efetiva, tratando o homem não como alguém em projeção corporativa, mas como ser humano. Se o homem em sua individualidade é reparado caso haja lesão ao seu direito material e moral, é inegável que o direito difuso também merece tal tutela, pois o mesmo nada mais é do que um feixe de lesões individuais.

Não será discutido se a responsabilidade será objetiva ou subjetiva, pois esta variará dependendo do caso concreto; o que não devemos perder de vista é que dano e responsabilidade caminham juntos. Sem dano não há que se falar em responsabilidade civil.

Uma sociedade não só pode ser atingida em sua moral como tal lesão merece reparo, tendo sido criado o FDD - Fundo de Defesa dos Direitos Difusos - para o qual é destinado produto de possíveis lesões em sua esfera moral. Num mundo globalizado em que vivemos, com uma sociedade cada vez mais massificada, a seara jurídica não

poderia deixar de tutelar direitos que diante de tal realidade necessitam de meios para que tais lesões sejam coibidas.

Referências

BESSAPA, Leonardo Roscoe. O dano moral coletivo. *Revista do direito do Consumidor*. n. 59, s.l., p. 78-108, jul./set.2006.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública no direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2004.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. IV

SILVA, W. M. da. *O dano moral e sua reparação*. 3 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Ausência: implicações jurídicas advindas do desaparecimento de uma pessoa

Absence: juridical implications from the disappearance of a person

Júlio Alves Caixêta Júnior

8º Período de Direito noturno da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas. e-mail: julio1_1junior@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho tem a finalidade de estudar e aprofundar os conhecimentos sobre o instituto da ausência. Uma vez que o desaparecimento de uma pessoa repercute muitas conseqüências nas diversas áreas do direito, expõe-se uma releitura e uma comparação das normas aplicadas pelo Código Civil de 1916 com as normas aplicadas pelo Código Civil de 2002, mostrando-se progressos, retrocessos e uma padronização do instituto da ausência ao atual momento vivido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Ausência. Desaparecimento. Sucessão provisória. Sucessão definitiva. Morte presumida. Casamento putativo.

Abstract: The present work intends to study and deepen on the knowledge about the institute of absence. Since the absence of a person has lots of consequences in many areas of the Right, we will expose a rereading and a comparison of the norms applied by the 1916 Civil Code with the norms applied by the 2002 Civil Code, by showing the progresses, the retrocession and a standardization of the institute of absence to the present moment lived by the Brazilian juridical ordainment.

Keywords: Absence. Disappearing. Provisory succession. Definitive succession. Presumed death. Putative marriage.

1. Considerações iniciais

O instituto da ausência, já presente no código civil de 1916, guarda algumas peculiaridades deste códex; porém, há que se observar que o atual Código Civil, lei 10.406 de 10 de janeiro do ano de 2002, aborda o instituto de uma maneira contemporânea e com algumas disparidades para melhor adequá-lo ao presente momento que vive o ordenamento jurídico brasileiro.

O desaparecimento de uma pessoa, afora implicações na sociedade familiar, assim como na sociedade como um todo, impõe ao Estado que estruture uma maneira de

zelar pelo patrimônio do ausente, em prol dos herdeiros e da sociedade. De tal proteção ao patrimônio do ausente pode repercutir que a pessoa ausente retorne; do contrário, a preservação do patrimônio será para o benefício dos herdeiros. Há que se observar, neste momento que a matéria afeta não somente o direito de família, mas também o direito hereditário.

Ausência é a falta de presença. Trata-se de um estado de fato quando uma pessoa não está presente em seu domicílio e não se sabe onde encontrá-la. O artigo 22 do atual Código Civil define ausência como sendo a circunstância em que uma pessoa desaparece de seu domicílio sem deixar notícia de seu paradeiro e sem deixar um representante ou procurador para administrar os seus bens. O Código Civil vem, por meio de medidas assecuratórias, prevenir que o patrimônio do ausente seja dissipado e pereça enquanto este estiver perdido, pois, quer esteja vivo, quer esteja morto, é importante considerar o interesse social e preservar seus bens, ou seja, busca tutelar o patrimônio do desaparecido, programando de uma maneira progressiva a sua sucessão, sempre com o cuidado de seu possível regresso.

Examinando a esse respeito, Silvio Rodrigues (2002, vol. 1) observa que o ordenamento jurídico brasileiro, em face da ausência, procura de início preservar os bens deixados pelo ausente, para a hipótese de seu eventual retorno, ao depois, transcorrido certo lapso temporal, sem que o ausente retorne, o legislador, desacoroçoado de esperar sua volta, passa a cuidar do interesse de seus herdeiros. Assim percebe-se que o Código Civil tem uma premência em proteger os interesses do ausente, devido a sua impossibilidade material de cuidar de seu patrimônio e de seus interesses.

Edson Prata (1978, vol. VII) aduz que, quando há a declaração da ausência, o Estado visa “extirpar a incerteza”, disciplinando a maneira de dar continuidade à produção de riquezas através dos bens do desaparecido, pois o objetivo da ausência no código de Beviláqua era a proteção à riqueza que, diante do desaparecimento do ausente, poderia deteriorar-se ou mesmo desaparecer, na falta do seu titular.

O direito romano não continha disposições sobre o instituto da ausência, não tratando claramente do instituto, embora já conhecesse a *cura bonorum absentis*.

O instituto da ausência tem pouco tempo de existência, chegou ao ordenamento jurídico brasileiro por meio das ordenações do reino, tendo fulcro no direito que vigia na Idade Média. Há quem afirme, como Ricci em seu livro *Corso Teorico-Pratico di Diritto Civile*, ser ele fruto da Revolução Francesa.

Raramente são observados casos de ausência no direito moderno, devido à grande facilidade tecnológica que se apresenta na atualidade dos meios de comunicação e transporte. Bárbara Almeida Araújo (2003) enfatiza sua preocupação com a ausência no ordenamento jurídico, pois este instituto não tem sido objeto de estudos mais sistematizados e aprofundados por parte da doutrina, até mesmo pelo fato de as pessoas desaparecerem cada vez menos, devido ao desenvolvimento dos meios de transporte e de comunicação.

Contudo, mesmo o desenvolvimento tecnológico não conseguiu impedir os conflitos bélicos em todo o mundo, ou ainda as ditaduras militares que dominaram a América Latina, por exemplo, no século passado. São situações que acarretam o desaparecimento de milhares de pessoas, gerando sofrimento em dobro para seus familiares, que nem têm a certeza da morte de seus entes queridos, tampouco receberam a adequada proteção do ordenamento jurídico. Torna-se importante o instituto da ausência numa realidade em que aumenta o número de desaparecidos, vítimas da violência e dos grandes centros urbanos, bem como de acidentes aéreos, que constantemente veem ocorrendo.

A palavra ausência vulgarmente, como apresentada anteriormente, significa simplesmente não-presença; no seu sentido técnico jurídico, que é o que será abordado neste trabalho, a ausência significa o desaparecimento de uma pessoa, sem dela haver notícias, e sem esta deixar bens, sem nomear um representante ou procurador a quem caiba administrar os bens ou, caso deixando-os, estes não queiram ou não possam exercer ou continuar a exercer o mandato, se seus poderes forem insuficientes. Há que se observar que não basta a simples não-presença para configurar a ausência no seu sentido técnico. É essencial a existência de bens.

A ausência durante a vigência do Código Civil de 1916 era estudada ao lado dos institutos de proteção aos incapazes, como a tutela e a curatela, sendo observada como um instituto do direito de família. A nova lei civil trouxe a ausência para a parte geral do códex.

A referida movimentação da ausência de uma parte do Código Civil para outra modificou a conceituação da pessoa considerada ausente, que anteriormente era tratada como um absolutamente incapaz, o que era bastante criticado pela doutrina, pois o objetivo do instituto era tutelar o patrimônio da pessoa que desaparecesse. Não havia uma incapacidade por parte do ausente, mas sim uma impossibilidade do indivíduo de zelar pelos seus bens.

De incapacidade não se tratava, mas sim de uma necessidade de preservação do patrimônio do ausente, vez que este poderia regressar a qualquer momento para retomar a direção de seu patrimônio.

O expressar do código de 1916, considerando o ausente como um incapaz, era uma aberração jurídica, uma vez que não se media a aptidão de se exercer os atos da sua vida civil, mas sim tão somente o fato de a pessoa não estar presente em seu domicílio. A pessoa ausente, no lugar em que se encontrar, poderá realizar negócios jurídicos e contratos que serão perfeitamente válidos onde efetuados, pois sua capacidade não estará afetada apenas pelo fato de ter sido declarada ausente.

O Código Civil de 2002 vem, de uma maneira sistemática e padronizada, organizar o instituto da ausência em três fases distintas e sequenciais, para facilitar a exposição do instituto e, de uma forma indireta, facilitar o estudo e o aprendizado, quais sejam:

1ª fase: Da curadoria dos bens do ausente; protrai-se pelo período de 1 (um) ano, se o ausente não tiver deixado representante ou procurador, ou pelo prazo de 3 (três) anos, caso os tenha deixado.

2ª fase: Da sucessão provisória do ausente; inicia-se após o término da curadoria dos bens do ausente e se protrai pelo prazo de 10 (dez) anos.

3ª fase: Da sucessão definitiva do ausente, que se inicia com o fim da sucessão provisória e protrai-se pelo período de 10 (dez) anos.

2. Da curadoria dos bens do ausente

A curadoria dos bens do ausente pressupõe o desaparecimento de uma pessoa sem deixar notícias de seu paradeiro ou sem deixar um procurador ou um representante. No entanto, mesmo que a pessoa desaparecida deixe um mandatário, é possível que lhe seja declarada a ausência, quando este último não possa ou não queira exercer ou continuar exercendo o mandato, ou se seus poderes forem insuficientes.

Há que se observar que ocorre a curadoria dos bens do ausente em dois casos distintos:

1.º - quando desaparece uma pessoa de seu domicílio, sem deixar notícias e sem deixar um representante ou procurador a quem caiba administrar-lhes os bens.

2.º - quando declarada a ausência e se deixado um representante ou procurador, estes não queiram ou não possam exercer ou continuar a exercer o mandato, ou se

seus poderes forem insuficientes.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2006) dissertam que a requerimento de qualquer interessado direto ou mesmo do Ministério Público, o poder judiciário reconhecerá a ausência, nomeando curador que possa gerir os negócios do ausente até seu eventual retorno. Na nomeação do curador, o juiz deve, necessariamente, fixar-lhe os poderes e obrigações, estando equiparado aos tutores e curadores de incapazes.

Em regra, o judiciário deve ser provocado para se movimentar, assim Fabiano Tacachi¹ observa que a regra é que a jurisdição seja inerte, devendo ser provocada para que a atividade judiciária se movimente.

Exceção a regra da inércia do judiciário, se mostra presente nos artigos 1160 e 1142 do Código de Processo Civil, onde o juiz observando as condições legais, tendo conhecimento da ausência, tem a faculdade de iniciar, por meio de uma portaria, a curatela dos bens do ausente. Caso ninguém tome a iniciativa de requerer a curatela dos bens do ausente, o juiz pode representar ao Ministério Público para requerer a abertura do procedimento da ausência, sendo que, nessa forma de arrecadação dos bens do ausente, segue-se o rito de arrecadação da herança jacente.

Observa-se assim, uma das poucas exceções ao princípio da inércia, onde o juiz tem a iniciativa da provocação do órgão judiciário.

O artigo 25 do atual Código Civil aduz que o cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente ou de fato por mais de 2 (dois) anos, antes da declaração da ausência, será seu legítimo curador.

Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2008, vol. I) expõem que, em regra, o cônjuge e o companheiro do ausente serão seus legítimos curadores, salvo se houver separação judicial ou de fato. Assegura-se que, apesar do indevido silêncio da lei civil, é possível expressar que o companheiro poderá ser nomeado o legítimo curador do ausente. Sendo nesse sentido, a conclusão 97 da Jornada de Direito Civil, que aduz que no que tange à tutela especial à família, devem ser estendidas as regras do código civil, que se revelam amenas ao cônjuge, à situação jurídica que envolve o companheirismo, como por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente.

Não se pode negar ao(à) companheiro(a) esse direito de ser o legítimo curador do ausente, uma vez que o art. 226 da Constituição Federal em seu §3 estabelece que, para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a

¹ MATTE, Fabiano Tacachi. *Algumas Considerações sobre a Ausência no Novo Código Civil*. 8 de Julho de 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/824>>. Acessado em: 20 de Julho de 2009.

mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, além do artigo 1790 do Código Civil lhe atribuir a condição de herdeira de seu(u) companheiro(a).

Na falta do cônjuge, a curadoria dos bens do ausente recai sobre os pais ou aos descendentes: observa o §1.º do artigo 25 do Código Civil que deve ser seguida esta ordem, sempre que não houver impedimento legal que os iniba de proceder à curatela. Observa-se ainda no seu parágrafo segundo que dentre os descendentes os mais próximos precedem os mais remotos, ou seja, os filhos precedem os netos, assim como os netos precedem aos bisnetos. Na falta destas pessoas, o juiz nomeará um curador, que receberá por seu trabalho remuneração que o juiz fixará, atendendo à situação dos bens, ao tempo do serviço e às dificuldades de sua execução, sendo que este responde pelos prejuízos que por dolo ou culpa causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada; mas terá direito de haver o que legitimamente gastou no exercício de sua curadoria.

No Código Civil de 1916, em seu artigo 467, parágrafo único, estabelecia-se que na ordem de designação da curadoria dos bens do ausente, o homem precederia a mulher. Importante salientar que na época da criação do código civil de 1916, a mulher não gozava dos mesmos status e direitos contemplados pelo homem. Aqui vale ressaltar que houve uma adequação à realidade já vivida pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a preferência do varão em desfavor da mulher, prevista no código civil de 1916, não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988, que em seu artigo 5.º estabelece 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, determinando ainda em seu inciso primeiro que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

A curadoria dos bens do ausente protrai-se pelo período de um ano. Se o ausente não tiver deixado representante ou procurador; durante esse período serão publicados editais de dois em dois meses convocando o ausente a reaparecer; se ele tiver deixado representante ou procurador a curadoria de seus bens é pelo período de 3 (três) anos.

Carlos Roberto Gonçalves (2007, vol. I) expressa que a fase da curadoria dos bens do ausente cessa pelo comparecimento do ausente ou de seu procurador, pela certeza da morte do ausente ou pelo início da sucessão provisória.

3. Da sucessão provisória

Decorrido o prazo de um ano da arrecadação dos bens do ausente ou se ele tiver deixado representante ou procurador, em três anos dar-se-á o fim da curadoria dos bens do ausente e início à sucessão provisória, com o requerimento de algum interessado.

A essência do instituto da ausência e, por conseguinte, da arrecadação dos bens do ausente e da preparação de sua sucessão, é a de prevenir o eventual e esperado retorno de quem desapareceu, de sorte que ele possa vir a recuperar seu patrimônio. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria (2006) lembram que é por isso que a sucessão provisória é uma forma de antecipar a sucessão, sem delinear definitivamente o destino do patrimônio do desaparecido. Com a abertura da sucessão provisória nos termos da lei civil, cessa a curatela dos bens do ausente.

Trata-se de momento em que a herança do ausente passa para seus herdeiros, sendo que estes guardarão os bens, para que sejam devolvidos em eventual retorno do ausente, uma vez que não se tem realmente ainda a certeza de sua morte.

Humberto Theodoro Júnior (2008) expressa que esta sucessão segue as regras da sucessão *mortis causa* definitiva, mas tem a peculiaridade, o caráter precário, porque pode a qualquer momento ser extinta, bastando que o ausente reapareça.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 469, estabelecia que o prazo para a abertura da sucessão provisória era de 2 anos, se o ausente não tivesse deixado representante ou procurador, e de 4 anos se ele os tivesse deixado. Observa-se aqui que o atual código civil, seguindo a modernidade e o avanço tecnológico, restringiu, respectivamente, os prazos para 1 e 3 anos, para o requerimento da sucessão provisória, pois com os avanços nas tecnologias de comunicação nos dias de hoje, fica mais fácil a localização de pessoas.

O artigo 27 do Código Civil expressa um rol dos interessados em requerer a sucessão provisória. São eles: o cônjuge não separado judicialmente; os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários; os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte; os credores de obrigações vencidas e não pagas.

Importante se faz que ao requerer a abertura da sucessão provisória, o requerente interessado deve fazer a citação pessoal dos herdeiros presentes e do curador, e por edital a citação dos herdeiros ausentes. Entende-se como herdeiros presentes aqueles que residem na comarca, bem como aqueles que têm residência e domicílio fixo em

outra comarca. Já os ausentes são aqueles que se encontram em lugar incerto e não sabido.

Dar-se-á a sucessão provisória somente após ser decretada pelo juiz por decisão judicial, que terá validade de 180 dias depois de ser publicada pela imprensa. Trata-se de um prazo suplementar, conferido ao ausente para que volte e reivindique seus bens. No entanto, desde que passe em julgado, dá-se a abertura da sucessão, abrindo-se o testamento, se houver, e partilha dos bens, como se o ausente tivesse falecido.

Vindo o requerimento da sucessão provisória a ser feito pelo Ministério Público, sentenciada esta e decorrido o prazo de 30 dias, não comparecendo nenhum herdeiro ou interessado para requerer o inventário, proceder-se-á à arrecadação dos bens pela forma da herança jacente, em que serão expedidos editais para comparecimento destes. Decorrido o prazo de 1 ano da primeira publicação, sem que haja herdeiro habilitado, ou penda habilitação, a herança será declarada vacante.

A declaração de vacância da herança não prejudica os herdeiros que não se habilitarem, porém, decorrendo-se 5 anos da abertura da sucessão, os bens passarão ao domínio do município, estado, distrito federal ou união, dependendo de suas respectivas circunscrições. Observa-se que os colaterais, para terem direito na sucessão, devem se habilitar até a declaração da ausência.

Tendo o fulcro de preservação dos bens do ausente, o juiz, se achar conveniente, mandará que os bens móveis sejam convertidos em imóveis ou em títulos garantidos pela união, para evitar deterioração e extravio dos bens do ausente, sendo que os imóveis apenas poderão ser alienados por ordem judicial, salvo as hipóteses de desapropriação e hipoteca.

Os bens do ausente serão em princípio guardados por seus herdeiros. Para se imitem na posse dos bens, os herdeiros terão que prestar garantias suficientes que resguardem os bens, caso seja necessário a restituição. A prestação da garantia do bem do ausente, segundo o artigo 30 do Código Civil, poderá ser na forma de penhor, ou por meio de hipoteca, sendo importante que os valores das garantias prestadas sejam suficientes ao respectivo quinhão dos bens do ausente.

Os herdeiros necessários (ascendentes, descendentes e cônjuge), provando suas qualidades de herdeiros, se imitem na posse dos bens do ausente, independentemente de garantias, fazendo seus todos os frutos e rendimentos que advirem de seus respectivos quinhões. Já os demais herdeiros têm que prestar tais garantias, aqueles que não as possuírem, serão excluídos da sucessão provisória, podendo, no entanto, requerer

que dos frutos e rendimentos que advirem de seus respectivos quinhões, lhes sejam repassados a metade dos rendimentos, uma vez que a parte à qual lhes cabia ficou sob a administração de um curador ou de um herdeiro, nomeados pelo juiz, que prestaram a garantia do bem.

Os herdeiros do ausente que não são ascendentes, cônjuge ou descendentes, farão seus a metade dos frutos e rendimentos dos bens, decorridos de seus respectivos quinhões, sendo que terão que capitalizar a outra metade, devendo prestar contas anualmente ao juízo competente.

Destaca-se ainda que, durante o tempo em que se dá a sucessão provisória, é possível o regresso do ausente a qualquer tempo. Ocorrendo eventual regresso do ausente, se se constatar que sua ausência foi voluntária e injustificada, perderá o ausente o direito aos frutos e rendimentos a que faria jus.

Cessam-se todas as vantagens que os herdeiros tiverem auferindo em relação aos bens do ausente, caso este regresse, sendo que tem direito de retomar a posse de seus bens. Até a entrega efetiva dos bens ao ausente, o guardião destes é responsável pela sua guarda e manutenção.

Caso se tenha a certeza da morte do ausente, considerar-se-á, na data do conhecimento, aberta a sucessão. Nesse caso, os herdeiros do ausente são os que até então o eram naquela data.

4. Da sucessão definitiva

Decorridos 10 anos da sentença que deu a abertura da sucessão provisória, os interessados poderão requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas. Há que se observar que o Código Civil de 1916 contemplava o prazo de 20 anos para a abertura da sucessão definitiva. A redução do prazo de 20 para 10 anos se dá devido à grande evolução das tecnologias de comunicações, pois à medida que o homem evolui, evoluem também as suas formas de comunicar-se, facilitando-se assim a maneira de se localizarem as pessoas.

Nesse sentido Luiz Carlos Neitzel² explica que com a evolução dos meios de comunicação mediáticos, no final do século XX, ocorre o agrupamento de todas as tecnologias anteriores. Surge uma tecnologia mais eficaz, que oferece todas as possibili-

² NEITZEL, Luiz Carlos. *Evolução dos Meios de Comunicação*. Setembro de 2003. Disponível em: <http://www.geocities.com/neitzeluz/evolucao_comunic.htm>. Acesso em 17 de Julho de 2009.

dades já exploradas na imprensa, no rádio, na televisão, operando uma ultrapassagem: a possibilidade de interação e a velocidade com que tudo ocorre. O indivíduo não fica somente no papel de receptor passivo, há a possibilidade de escolha, há decisões a serem tomadas. O volume de informações emitidas é maior, bem como a rapidez com que chegam aos lares, oportunizando-se situações que as tecnologias anteriores não possibilitavam. Sendo assim, não seria razoável, no momento em que se vivem tais avanços, a legislação sobre o instituto da ausência manter o prazo de 20 anos para se dar a abertura da sucessão definitiva.

Pablo Stolze e Pamplona Filho (op. cit.) indagam que por mais que se queira preservar o patrimônio do ausente, o certo é que a existência de um longo lapso temporal, sem qualquer sinal de vida, reforça as fundadas suspeitas de seu falecimento.

Outra possibilidade de requerer a sucessão definitiva é quando a pessoa desaparecida conste com 80 anos de idade, havendo cinco anos sem notícias dela. Aqui a presunção se dá pela longevidade vivida pela pessoa.

Cezar Fiúza (2008) observa que, uma vez aberta à sucessão definitiva, o ausente se presumirá morto. Porém, Silvio de Salvo Venosa (2007, vol. VI) salienta que se trata de uma sucessão quase definitiva, pois, não obstante a abertura da sucessão definitiva, ainda se aguarda o reaparecimento do titular nos 10 anos seguintes. Até que se consolidem definitivamente os bens da herança na propriedade dos herdeiros, esta é propriedade resolúvel.

Exemplo bastante lembrado ao se analisar o instituto da morte presumida é o do ex-deputado Ulysses Guimarães, também conhecido como o “Senhor Diretas”, que em 12 de outubro de 1992, desapareceu em um acidente de helicóptero no litoral do Rio de Janeiro, no qual também estava presente sua mulher Mora, o ex-senador Severo Gomes e sua mulher, Ana Maria Henriqueta, sendo o helicóptero pilotado por Jorge Comeratto. Exceto os corpos de Ulysses Guimarães e Ana Maria Henriqueta, os demais foram encontrados e com inúmeras mutilações devido ao impacto do helicóptero com a água. Sua morte foi oficialmente reconhecida por estar provada sua presença no helicóptero durante o acidente.

Observa-se *in casu* que embora não se tenha encontrado os corpos, não se trata de ausência, uma vez que estava provada a presença do Deputado Ulysses Guimarães e de Ana Maria Henriqueta no sinistro, sendo neste caso, hipótese de morte presumida.

O instituto da morte presumida pode ser analisado como sendo quando não se tem uma prova fiel de que a pessoa morreu, não se tem o corpo ou pedaço deste, por

exemplo, porém por presunção legal se declara a pessoa como morta. O artigo 7.º do código Civil dispõe que pode ser declarada a morte presumida sem a declaração da ausência quando for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida, assim como daquele que desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra, sendo que a presunção de morte presumida neste caso somente poderá ser requerida depois de esgotadas todas as buscas e averiguações, e nesse caso, a sentença que declarar a morte presumida deverá estabelecer a data provável do óbito. Também serão declarados como mortos por presunção legal, da lei 9.140/95, aqueles que tiverem participado, ou tiverem sido acusados de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que deles haja notícias.

A mudança da sucessão provisória para a sucessão definitiva não é automática, ou seja, é necessário que seja requerida por aqueles interessados na sucessão do ausente. Na sucessão definitiva, os herdeiros passam a dispor livremente do domínio dos bens do ausente, diferentemente do que ocorria na segunda fase da ausência (sucessão provisória). No entanto, o domínio sobre a propriedade do ausente está sujeito à condição resolutiva, sendo que, caso o ausente retorne durante os 10 anos da sucessão definitiva, receberá os bens no estado em que se encontrarem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que seus herdeiros e demais interessados tiverem auferido pelos bens alienados depois daquele período.

Se vendidos os bens do ausente, e caso este retorne para reclamá-los, receberá não o bem de volta, mas sim a quantia que foi recebida pelo bem vendido, ou caso se tenha ocorrido uma permuta de bens, receberá o bem que tenha substituído o que lhe pertencia.

Neste ponto, há que se observar uma omissão do Código Civil de 2002, uma vez que não faz referência à volta do ausente ao convívio de seus bens, tendo o ausente se ausentado voluntária e injustificadamente.

Observando o parágrafo único do artigo 33 do código civil *in verbis*:

Art. 33 C.C. Parágrafo único. "Se o ausente aparecer, e ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos".

A perda dos frutos e rendimentos tratada no parágrafo único do artigo 33 do

Código Civil se dá quando se trata da sucessão provisória, ou seja, passado um ano, se a pessoa não tiver deixado procurador ou representante, ou três anos se os tiver deixado. Durante os 10 anos que duram a sucessão provisória, o código civil de 2002 garante que o ausente, caso regresse, perderá todos os frutos e rendimentos se ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada.

Há que se observar que esses frutos e rendimentos são aqueles que devem ser capitalizados conforme previsto no caput do art. 33. do código civil, ou seja, aqueles que advêm dos quinhões dos herdeiros não necessários.

A omissão do Código Civil de 2002, nesse sentido, faz entender que se deve aplicar o parágrafo único do artigo 33 do Código Civil, quando o ausente regresse durante a sucessão definitiva e ficar provado que sua ausência se deu de forma voluntária e injustificada, uma vez que se se pensar que aquele que cuidou dos bens durante 10 anos tem direito aos frutos e rendimentos dos bens do ausente, e que aquele que cuidou dos bens durante 20 anos não tem direito aos frutos e rendimentos dos bens do ausente, estar-se-ia diante de uma anomalia jurídica, pois aquele que se dedicou durante um maior lapso temporal a cuidar de bens alheios teria menos direito do que o que se dedicou por um período menor. Aqui se faz necessário lembrar que a finalidade do instituto da ausência é zelar pelos bens do ausente, visando a seu possível retorno, pois historicamente observa-se que a ausência se dá involuntariamente e justificada, uma vez que é da essência do ser humano a preservação de seu patrimônio.

Ora fazendo-se uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, também percebe-se que a perda dos frutos e rendimentos decorridos de uma ausência voluntária e injustificada, prevista na sucessão provisória, deve ser aplicada analogicamente na sucessão definitiva, caso o ausente regresse, pois nada mais justo que aquele que cuidou 20 anos tenha, no mínimo, os mesmos direitos daquele que cuidou 10 anos dos bens do ausente, quando este retorna e quando fica provado que sua ausência foi voluntária e injustificada.

Maria Helena Diniz (2002) expõe que, se nos 10 anos a que se referem os artigos 39 do código civil e 1168 do código de processo civil, o ausente não retornar, e nenhum interessado requerer a sucessão definitiva, os bens serão arrecadados como vagos, passando à propriedade do município, do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados no território federal, que ficará obrigada a aplicá-los em fundações destinadas ao ensino, conforme estabelecido no artigo 3.º do decreto lei n.º 8.207.

5. Dos efeitos da ausência no estado civil do cônjuge presente

Examinando-se os efeitos da ausência no código civil de 1916, percebe-se que por maior que fosse a ausência, ou seu lapso temporal, esta não se equiparava à morte. Sendo assim, por não se declarar a morte do consorte, o cônjuge presente não poderia casar-se novamente, salvo se obtivesse o divórcio sucessivo à separação judicial, em ação que movesse contra seu cônjuge ausente. Na legislação civil revogada, o casamento válido só se desfazia se ocorresse a morte de alguns dos cônjuges. Não havia previsão no código de 1916 de morte presumida. Por maior que fosse a ausência, esta não tinha a força de presumir a morte do ausente e dissolver o vínculo matrimonial, nem de desligar o outro cônjuge do dever de fidelidade.

Inovação trazida pelo código de 2002 é que, nos casos em que se autoriza a abertura da sucessão definitiva, presumir-se-á o ausente como morto, o que segundo interpretação do artigo 1571, §1.º, fará dissolver o casamento. Passado o prazo legal, com a abertura da sucessão definitiva, não necessitará o cônjuge presente de requerer que seja declarada dissolvida a sociedade conjugal, uma vez que já estará configurada a morte presumida do ausente.

Não obstante, o cônjuge presente não necessita esperar a abertura da sucessão definitiva para que seu casamento seja legalmente desfeito, uma vez que o artigo 40 da Lei 6.515/77, com a redação que deu a Lei nº 7.811 de 17 outubro de 1989, e o artigo 226, parágrafo 6.º da CF/88, permitem que se requeira o divórcio direto, com base na separação de fato por mais de 2 (dois) anos consecutivos.

No direito civil italiano, como lembra Washington de Barros Monteiro (2007, vol. I), com o retorno do ausente, tendo seu cônjuge contraído novo casamento, este será declarado como nulo, sendo considerado casamento putativo.

No ordenamento jurídico brasileiro, caso retorne o ausente e seu cônjuge tiver convolado novas núpcias, o último casamento de seu cônjuge seguirá a sua validade, pois, embora se tenha essa omissão no código civil de 2002, não seria plausível adotar entendimento diverso, uma vez que a esposa ou esposo, em virtude da ausência, já terá constituído uma nova família, sendo que não tem razão dissolver essa nova família para tentar restabelecer uma ligação, um vínculo já deteriorado pelo tempo.

6. Considerações finais

Em conclusão ao trabalho sobre o instituto da ausência, percebe-se que o novo

Códex Civil trouxe uma padronização do instituto da ausência ao atual momento vivido pelo ordenamento jurídico brasileiro, remodelando o instituto da ausência do modo como realmente ele é aplicado, vez que mostra o ausente como uma pessoa perfeitamente capaz, mas que por não estar presente na esfera de seu patrimônio, lhe é declarada a ausência e nomeado um curador para que guarde e zele por seus bens até seu eventual retorno. A nova lei civil trouxe a ausência para a parte geral do códex, diferentemente do que ocorria no Código Civil de 1916, que considerava a pessoa ausente como absolutamente incapaz para todos os atos da vida civil, sendo que a ausência era estudada ao lado dos institutos de proteção aos incapazes, como a tutela e a curatela, observada como um instituto do direito de família.

Importante se fez que o instituto da ausência, ao ser levado para a parte geral do Código Civil 2002, implicou diversas modificações, vez que o desaparecimento de uma pessoa incide nas diversas áreas do direito, levando-se a uma nova percepção do instituto, de modo a analisá-lo de uma maneira mais ampla e não somente com a função de preservação do patrimônio da pessoa desaparecida. Observa-se agora que a ausência de uma pessoa irá repercutir diretamente na instituição familiar, que perderá um de seus membros, assim como dar início aos trabalhos sucessórios, dar fim à sociedade conjugal ou à união estável, dentre outras implicações advindas do desaparecimento de uma pessoa.

Ressaltam-se, finalmente, os ensinamentos de Bárbara de Almeida Araújo (*op. cit.*) que diz que a família, de acordo com a disciplina constitucional, passa a ser tutelada na medida em que serve de promoção da personalidade dos seus integrantes, deixando-se de lado os objetivos constitucionais do passado, de proteção supraindividual, seja em favor de objetivos políticos, atendendo a ideologias autoritárias, seja por inspiração religiosa. Nesta perspectiva, propõe-se a releitura do instituto da ausência não tão apegada à segurança do patrimônio, mas à reconstrução da família, atingida pelo desaparecimento de um de seus membros. Deverá o ordenamento jurídico buscar a realização de seus integrantes, filhos e cônjuges, permitindo a produção de efeitos da declaração de morte presumida nas esferas pessoal, patrimonial e familiar. Assim, merecem estudos não apenas a sucessão de bens do ausente, mas a dissolução da sociedade conjugal e da união estável, a questão do poder familiar em relação aos filhos menores, de sua tutela na hipótese de falta de ambos os pais, e outros aspectos existenciais que transigem os interesses patrimoniais.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Bárbara Almeida. *A ausência: Análise do Instituto sob a Perspectiva Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I.

FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008, v. I.

FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 8 ed. rev. atual. reform. São Paulo: Saraiva. 2006, v. I.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. I.

MATTE, Fabiano Tacachi. *Algumas Considerações sobre a Ausência no Novo Código Civil*. 8 de Julho de 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/824>>. Acessado em: 20 de Julho de 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 41 ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva. 2007, v. I.

NEITZEL, Luiz Carlos. *Evolução dos Meios de Comunicação*. Setembro de 2003. Disponível em: <http://www.geocities.com/neitzeluz/evolucao_comunic.htm>. Acesso em 17 de Julho de 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. VII.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.I.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais*. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 3.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 7 ed. São Paulo: Atlas. 2007. v. VI.

Alimentos gravídicos: Reflexões e Perspectivas da Lei 11.804/2008 ¹

Alimony during pregnancy: reflections and perspectives of Law 11.804/2008

Leanna Cristina Nunes

Enfermeira, graduada pela UFU em 2007. Pós-graduada em Saúde da Família pela Faculdade São Camilo-MG em 2009. Acadêmica do 4.º período curso de Direito da UNIUBE, campus Uberlândia. e-mail: leannacristina@yahoo.com.br

Resumo: Este estudo tem por finalidade desenvolver uma reflexão sobre o tema dos alimentos gravídicos. Para tanto, busca-se realizar sucinta análise dos direitos assegurados ao nascituro no ordenamento pátrio, encontrados desde a Constituição Federal até o Estatuto da Criança e do Adolescente. Ressalta-se a tendência que havia de reconhecer a obrigação alimentar paterna exclusivamente depois do nascimento do filho. Traz como reflexões as necessidades do período gestacional e a relevância da Lei dos Alimentos Gravídicos, que permite efetivação da tutela à gestante e ao nascituro. Por fim, esse trabalho pretende observar os aspectos processuais da Lei 11.804/2008, que vai ao encontro da realidade social, propiciando o compromisso integrado dos genitores na responsabilidade sobre o filho e solidificando a moderna concepção do Direito de Família.

Palavras-chave: Alimentos gravídicos. Nascituro. Gestante. Obrigação alimentar.

Abstract: This study aims at developing a reflection on the theme of alimony during pregnancy. Thus, we attempt to perform a brief analysis on the rights guaranteed to the unborn child in the native ordainment found since the Federal Constitution to the Statute of Children and Adolescents. We stand out a tendency that was to recognize the obligation of paternal food only after the child's birth. It brings as reflection the needs of pregnancy and the relevance of the pregnancy alimony law, which allows the protection to pregnant women and the unborn child. Finally, this work intends to notice the procedural aspects of Law 11.804/2008, which is related to the social reality, providing the integrated agreement between the genitors on the responsibility of the child and solidifying the modern conception of the Family Law.

Keywords: Alimony during pregnancy. Unborn child. Pregnant. Food Obligation.

¹ Trabalho orientado pelo Prof. Dr. Leosino Bizinoto Macedo.

Introdução

Em 6 de novembro de 2008 entrou em vigor, no ordenamento jurídico pátrio, a Lei 11.804, que disciplina o direito aos alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido.

Os alimentos gravídicos são aqueles pleiteados pela gestante, durante a gravidez, para garantir o desenvolvimento digno do nascituro. Como está expresso no Artigo 2.º da referida lei, esses alimentos visam a cobrir as despesas adicionais do período da gestação e que sejam dela decorrentes, desde a concepção até o parto.

A nova lei apresenta salutar intenção, posto que visa a assegurar à gestante e à criança em formação subsídios necessários à gravidez saudável e digna, concretizando valores bem conhecidos e relevantes à pessoa humana, tudo isso somado ao fato de poderem ser fixados “prematuramente”, desde a concepção do sujeito (DONOSO, 2009).

Todavia, cumpre registrar que se trata de um direito que a jurisprudência já vinha assegurando. A obrigação alimentar desde a concepção estava implícita no ordenamento jurídico, mas a nova lei garante tais alimentos diante da injustificável resistência de alguns juízes em deferir direitos não expressos claramente (DIAS, 2008a).

Por outro lado, merece consideração a iniciativa do projeto. O novo diploma vem revestido de pura boa-fé e versa sobre a procriação responsável, com o comprometimento integrado e solidário dos genitores (OLIVEIRA JUNIOR, 2008). A Lei 11.804/2008 demonstra a vontade do legislador de enfrentar temas de influência do princípio da dignidade da pessoa humana, chamando atenção dos envolvidos nas relações familiares a respeito de suas responsabilidades (ANGELUCI, 2009, p. 70).

É cediço que o nascituro é ser humano dotado de proteção garantida pela Constituição Federal, que traz a vida como sendo o bem mais valioso. E para que essa vida seja preservada, são necessários recursos tanto financeiros quanto emocionais. Diante dessa análise, nasceu a Lei 11.804/2008, gerando obrigações ao suposto pai² de prestar alimentos na mesma proporção da genitora, valorizando o papel da gestante e evidenciando ainda mais a ideia de igualdade trazida pela Carta Magna (CACHAPUZ; BITTENCOURT, 2009).

² A expressão “suposto pai” é utilizada porque durante a gestação não é feito o exame de DNA, que proporciona a certeza do parentesco. A gestante, ao pleitear os alimentos gravídicos, deve fazê-lo para aquele a quem ela julga ser o pai do nascituro, demonstrando os indícios da paternidade. Essa questão será desenvolvida mais adiante, no item 3.3.

Nesse contexto, o presente estudo tem por finalidade desenvolver uma reflexão sobre o tema dos alimentos gravídicos, assunto de relevância para o cotidiano dos profissionais jurídicos.

Considerando a abordagem do tema, foi realizada revisão da bibliografia disponível, selecionando artigos e livros que proporcionaram suporte teórico para lidar com esse trabalho. Com isto, espera-se poder traçar um estudo reflexivo desta temática e fornecer subsídios para direcionar caminhos que proporcionem a efetividade da proteção dos direitos aos alimentos gravídicos.

1. Do nascituro

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que ainda não foi concebido e que poderá adquirir a personalidade civil no futuro, dependendo do nascimento. A situação do nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. O nascituro possui regime protetivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, embora ainda não tenha todos os requisitos da personalidade (VENOSA, 2004, p. 161-162).

1.1. Os direitos do nascituro

Não há dúvidas de que o nascituro seja ser humano e que a lei assegura os seus direitos, previstos desde a Constituição Federal de 1988 até o Estatuto da Criança e do Adolescente (CACHAPUZ; BITTENCOURT, 2009).

Independentemente de lei, o nascituro tem direito aos alimentos e ao pleno desenvolvimento da gestação, pois o seu direito fundamental à vida é garantido na Constituição, artigo 5.º, caput, sem a necessidade de rótulos ou alteração dos dispositivos vigentes (ANGELUCI, 2009, p. 70).

O Código Civil, em seu artigo 2.º, coloca como o início da personalidade o nascimento com vida, mas põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. É certo, portanto, que o nascituro tem direitos.

A Constituição Federal, em seu artigo 229, estabelece aos pais “o dever de assistir, criar e educar os filhos menores” e, no artigo 227 impõe, também à família, o dever de assegurar à criança o direito à vida, à saúde e à alimentação, dentre outros.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu Artigo 7.º dispõe sobre as políticas sociais públicas que devem permitir o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso da criança, em condições dignas de existência.

Cita-se, ainda, a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – promulgada em 1969 e da qual o Brasil é signatário. O parágrafo 2.º do artigo 1.º declara que pessoa é todo ser humano e o artigo 4.º prevê que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Diante dessas considerações, extrai-se a compreensão de que à gestante são devidos os alimentos, porquanto estes visam justamente à proteção da vida e à dignidade do nascituro, assegurando-lhe as condições necessárias ao desenvolvimento intra-uterino adequado.

Nessa temática, valioso é o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 517):

Se a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, é de se considerar que o seu principal direito consiste à própria vida e esta seria comprometida se à mão necessitada fossem recusados os recursos primários à sobrevivência do ente em formação em seu ventre.

Arnaldo Rizzardo (2004, p. 759) defende essa mesma ideia:

Justamente por existir um direito à personalidade, isto é, aos direitos do nascituro, há de se pôr a salvo certas necessidades para o bom desenvolvimento da pessoa intra-uterina do ser humano. Para tanto, todo o ambiente propício para evoluir com normalidade o ser concebido deve assegurar-se à mãe. A ela cabe o direito a uma adequada assistência médica pré-natal, além de outros cuidados e providências, com o que não se poderá furtar em colaborar o pai da criança em formação.

Ademais, deve-se ter atenção ao que dispõe o artigo 130 do Código Civil, que garante ao titular de direito eventual – e o nascituro está entre eles – o exercício dos atos destinados à sua conservação. O direito aos alimentos está entre os atos de conservação uma vez que, sem eles, o desenvolvimento do feto pode ficar comprometido, assim como podem se comprometer todos os seus direitos que aguardam o nascimento com vida para terem eficácia (DONOSO, 2009).

1.2. A dificuldade na concessão da obrigação alimentar à gestante

Embora seja louvável a intenção legislativa, observa-se que o diploma em questão não introduziu novidade no Direito Brasileiro, visto que o nascituro, legítimo titular de direitos, já conta com garantia expressa e reconhecida pelos tribunais (ANGELUCI, 2009, p. 66).

Contudo, ainda que inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, havia grande dificuldade para a concessão de alimentos à gestante, visando suprir as necessidades do nascituro. Anteriormente à vigência da Lei 11.804/2008, raras vezes a Justiça teve a oportunidade de reconhecer a obrigação alimentar antes do nascimento (DIAS, 2008b).

De acordo Dias (2008a), a tendência sempre foi reconhecer a obrigação paterna com relação aos alimentos exclusivamente depois do nascimento do filho e a partir do momento em que ele vem a juízo pleitear a pensão alimentícia.

Essa tendência estava amparada pela Lei 5.478/68 - Lei de Alimentos - que impõe ao credor de alimentos fazer prova do vínculo de parentesco com relação ao devedor. Desse modo, a imposição consistia em um obstáculo à concessão de alimentos à gestante visando o nascituro, mas que oportunamente foi solucionado pela Lei 11.804/2008, a qual condiciona a concessão dos alimentos gravídicos à apresentação de indícios de paternidade.

2. Dos alimentos gravídicos

Os alimentos gravídicos compreendem todo o necessário recebido pela gestante, para que haja um desenvolvimento saudável e digno do nascituro e as suas necessidades sejam supridas.

Os alimentos gravídicos são garantidos desde a concepção. A explicitação do termo inicial da obrigação acolhe o que a doutrina há muito reclamava, isto é, a necessidade de se impor a responsabilidade alimentar com efeito retroativo a partir do momento em que são assegurados direitos ao nascituro (DIAS, 2008a).

2.1. O período gestacional

O esforço para garantir o sucesso da gestação representa uma das funções fundamentais da vida. Na gestação, observam-se quatro objetivos: a saúde da mulher du-

rante a gravidez, a saúde do conceito, o bem-estar materno para possibilitar a nutrição do recém-nascido e a prevenção contra o desenvolvimento de doenças crônicas durante a vida adulta. O período de crescimento e desenvolvimento intra-uterino é o mais vulnerável do ciclo de vida. Dessa forma, as mudanças biológicas e sociais para a proteção efetiva desse processo fundamental são necessárias (LUCYK; FURUMOTO, 2008).

A mulher, ao constatar a sua gravidez, passa por diversas sensações e, dentre elas, a apreensão em ter em seu ventre uma criança dependente, que necessita de cuidados materiais e emocionais. Há a mulher que engravida com a vida já estabilizada e não se preocupa tanto com as necessidades financeiras do nascituro, isto porque há a convivência familiar e, assim, não se cogita a possibilidade de alimentos. Entretanto, há a mulher que não tem um esposo ou companheiro ao lado, por situações diversas, e que precisa suprir as necessidades daquela gravidez independentemente das circunstâncias (CACHAPUZ; BITTENCOURT, 2009).

Não seria justo que a gestante assumisse sozinha todas as despesas do período gestacional, pois não gerou o filho sozinha. Nesse aspecto entra a figura do pai e o princípio da isonomia. Homens e mulheres são iguais perante a lei. O homem tem a liberdade de reproduzir, o que não pode acarretar o abandono e o sofrimento de seu próprio filho (FONTES, 2009).

Anteriormente ao ato de vontade representado pelo desejo da perpetuidade da espécie, deve existir a responsabilidade imposta aos pais em relação à nova vida gerada, carente de recursos indispensáveis à sobrevivência inicial, que devem ser sanados primeiramente pelos seus genitores, com o respeito a sua dignidade como pessoa humana (ANGELUCI, 2009, p. 66).

2.2. A relevância da Lei 11.804/2008

A gestante pode pleitear a proteção jurisdicional para a fixação dos alimentos gravídicos, levando em consideração o binômio necessidade e possibilidade. Nesse sentido, o novo diploma legal vai ao encontro da realidade social, permitindo a efetivação da tutela à gestante e ao nascituro necessitados, além de propiciar o compromisso integrado dos genitores na responsabilidade sobre o filho.

Durante a gestação, inúmeras são as situações que comportam a assistência econômica do pai, como o tratamento ou acompanhamento médico, os constantes exames médicos e medicações, o enxoval do nascituro, a conduta de repouso absoluto im-

posto à mãe em casos de gravidez de risco, o tipo de alimentação que deve seguir a parturiente, a sua própria subsistência se for obrigada a se afastar do trabalho remunerado que exercia etc. E o fundamento está na proteção da personalidade desde a concepção do ser humano (RIZZARDO, 2004, p. 758).

O nascituro é o ser, a criança que ainda não nasceu, merecendo a aplicação de todas as garantias inerentes ao seu estado, com especial enfoque para o seu estado de fragilidade, buscando garantir o seu melhor interesse (ANGELUCI, 2009, p. 69).

Assim, a lei em questão possibilitará a efetivação do direito à assistência adequada da gestante, com a atenção e preocupação na proteção do ser em formação, desde a sua concepção, para que tenha um desenvolvimento sadio, antes mesmo do nascimento (PEREIRA, 2008).

3. Dos aspectos processuais da lei 11.804/2008

A Lei 11.804/2008 disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido, conforme o seu próprio artigo 1.º. Pretende-se, aqui, conceder enfoque especial para os aspectos processuais da Lei dos Alimentos Gravídicos.

3.1. A legitimidade ativa e passiva

O artigo 1.º do novo diploma distingue bem a legitimidade ativa para requerer os alimentos gravídicos ao se referir ao “direito de alimentos da mulher gestante”. Logo, essa legitimidade é da própria gestante e, não do nascituro.

No entanto, o artigo 6.º e seu parágrafo único da Lei 11.804/2008 preveem que os alimentos gravídicos perdurarão até o nascimento da criança e, após, ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão ou, após uma ação de investigação de paternidade, fique provado que o alimentante não é o pai. Isso significa que após o nascimento com vida do conceito, há conversão de titularidade, de maneira que os alimentos gravídicos são transformados em pensão alimentícia e passam a ter como titular a criança, e não mais a genitora.

A legitimidade passiva é do suposto pai. A gestante não pode acionar os ascendentes do suposto pai para o cumprimento dessa obrigação, uma vez que não há previsão legal para tanto. O parágrafo único do artigo 6.º da mencionada lei é taxativo ao especificar que os alimentos referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo pai.

3.2. A extensão dos alimentos gravídicos

O artigo 2.º da Lei 11.804/2008 enumera as despesas adicionais do período gestacional que necessitam serem atendidas, quais sejam: alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis a critério do médico. Todavia, o referido artigo estabelece um rol exemplificativo, pois prevê que o juiz pode considerar outras despesas pertinentes.

O parágrafo único do mesmo artigo determina que “os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro [sic] pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.”

Dessa forma, na fixação do pensionamento mensal, deverão ser levados em conta os elementos trazidos na referida norma. Embora os critérios norteadores para a fixação do *quantum* sejam diferentes da pensão alimentícia prevista no artigo 1.694 e seguintes do Código Civil, quando determinados, o raciocínio é o mesmo. Isto significa que se devem levar em consideração todas as despesas relativas à gestação (necessidade) e o poder de contribuição do pai e da mãe (possibilidade), para a fixação de acordo com os rendimentos de ambos, já que a contribuição não é somente de um ou de outro (FREITAS, 2009).

A propósito dessa questão, ressalta-se que é imperativa a prova da necessidade dos alimentos para a gestante, uma vez que somente para os filhos menores tal necessidade é presumida.

Como o encargo deve atender ao critério da proporcionalidade, segundo os recursos da parte autora e da parte ré, nada impede que sejam estabelecidos valores diferenciados para o período da gestação e a partir do nascimento da criança (DIAS, 2008a).

No tocante à duração desses alimentos, evidencia-se que, em razão à própria natureza, se restringe ao período gestacional. Como salientado anteriormente, ocorrendo o nascimento com vida, os alimentos gravídicos são convertidos em pensão alimentícia em favor da criança até que uma das partes solicite a sua revisão ou mova ação de investigação de paternidade e fique provado que o suposto pai não é, de fato, pai. E, em casos de aborto ou de natimorto, a extinção da ação ocorre automaticamente.

3.3. Indícios da paternidade e o ônus da prova

A petição inicial em uma ação de alimentos gravídicos deve apresentar a prova da gravidez, a necessidade dos alimentos e os indícios da paternidade. E, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de direito; portanto, esse ônus é da própria gestante.

O artigo 6.º dispõe que o juiz deve estar convencido da existência de indícios da paternidade para que os alimentos gravídicos sejam fixados. Assim, o deferimento do pedido é baseado em indícios e é justamente esse o ponto que encerra dificuldade.

O teste de paternidade por meio do exame de DNA é o método que proporciona a certeza do parentesco, contudo, o exame não é exigido na ação de alimentos gravídicos, e nem poderia, diante de riscos que pode gerar ao conceito e do seu elevado custo. Adequado, nesse ponto, menção ao entendimento de Maria Berenice Dias (2008b) quando trata da questão:

Não há como impor a realização de exame por meio da coleta de líquido amniótico, o que pode colocar em risco a vida da criança. Isso tudo sem contar com o custo do exame, que pelo jeito terá que ser suportado pela gestante. Não há justificativa para atribuir ao Estado este ônus. E, se depender do Sistema Único de Saúde, certamente o filho nascerá antes do resultado do exame.

Dessa forma, cabe à autora apresentar os indícios da paternidade, como fotos, cartas, e-mails, testemunhas e todos os meios lícitos possíveis para demonstrar o alegado. O simples pedido da genitora, por maior necessidade presente nessa condição, não goza de presunção de veracidade, e não existe a possibilidade de inversão do ônus probatório ao suposto pai, pois este teria de fazer prova negativa, o que é impossível e refutado pela jurisprudência (FREITAS, 2009).

Cumprido registrar também que toda atividade probatória deve ser regida pelo princípio do contraditório. Não obstante a natureza do direito material discutido, é fundamental que o réu não só tenha conhecimento das provas produzidas, como também possa produzir outras provas, formando um processo dialético. Do contrário, a inconstitucionalidade seria evidente (DONOSO, 2009).

Após essas considerações, é mister observar a ideia construída por alguns autores, como Oliveira Júnior (2008), que entende que a paternidade calcada em indícios promove o distanciamento do princípio da presunção de inocência e à soberania do *in*

dubio pro actore. Por conseguinte, dúvidas sobre o posicionamento dos juízes se levantam quanto à adoção de maior ou menor rigor na apreciação dos indícios da paternidade para a concessão dos alimentos às gestantes, e somente a aplicação da lei, ao longo do tempo, poderá asseverar se a persecução do direito encontrará ou não plena eficácia (PEREIRA, 2008).

3.4. O pedido de ressarcimento e de indenização por parte do réu

Na ação de alimentos gravídicos, a sentença é proferida baseando-se em indícios de paternidade. Ocorre que após o nascimento da criança, alguma das partes pode requerer a ação de investigação de paternidade, o que acarretaria na realização do exame de DNA, a prova pericial que seguramente confirma ou descarta a filiação. A despeito dessa questão, se for atestado que o devedor de alimentos não é o pai do credor, isto é, a filiação foi descartada, despertam-se os seguintes questionamentos: os valores pagos podem ser ressarcidos? O devedor de alimentos pode ajuizar uma ação requerendo danos morais e materiais contra a mãe do menor?

Em regra, as respostas para tais questionamentos são negativas. Primeiro, porque o instituto é de natureza alimentar e há um consenso na doutrina de que não é possível a repetição de indébito em se tratando de alimentos, visto que estes não geram o enriquecimento, mas a sobrevivência. E, segundo porque o artigo 10 do Projeto de Lei de Alimentos Gravídicos, que previa a responsabilização da gestante por danos morais e materiais, quando do resultado negativo do exame pericial de paternidade, foi vetado.

A razão para o veto desse artigo parece-nos óbvia, uma vez que a responsabilidade objetiva da gestante lhe imporia a obrigação de indenizar independentemente da verificação de culpa, e essa situação afronta veementemente o exercício do direito de ação.

Contudo, não se pode olvidar que aquele que age com dolo ou culpa, causando dano a outrem, comete ato ilícito e, portanto, fica obrigado a repará-lo, por força do artigo 186 e do artigo 927, ambos do Código Civil.

Caso a autora soubesse que o suposto pai apontado na ação não o era, mas aproveitou-se do instituto dos alimentos gravídicos para adquirir auxílio financeiro indevidamente, terá cometido ato ilícito, o qual é fundamento para a responsabilidade civil.

Assim, permanece a aplicabilidade da regra geral da responsabilidade subjetiva, pela qual a autora pode responder por danos morais e materiais desde que constatada a sua culpa, isto é, desde que verificado que agiu com dolo ou culpa em sentido estrito ao pleitear os alimentos gravídicos (TAVARES DA SILVA, 2008).

Conclusão

Os alimentos gravídicos, embora sejam objeto de controvérsias, vieram solidificar a moderna concepção do Direito de Família, com a qual se busca intensificar a responsabilidade parental.

O nascituro é um ser humano e, por conseguinte, deve ser-lhe assegurado o seu desenvolvimento natural como garantia do direito à vida. Por certo, a Lei 11.804/2008, favorecerá o nascituro a efetivação de tal garantia em situações nas quais o conceito estaria desprovido da merecida atenção por parte do seu genitor.

A obrigação de prestar alimentos antes mesmo do nascimento é um instituto imprescindível em uma legislação que visa a dar maior efetividade aos direitos fundamentais. Proporcionar à gestante um auxílio material fornecerá condições dignas para a completude do desenvolvimento do nascituro.

A nova lei busca uma efetividade na proteção do ser em formação, favorecendo uma paternidade responsável e o compartilhamento de responsabilidades entre os genitores, logo a partir da concepção.

Entretanto, ressalta-se que a ética e a prudência, imprescindíveis em qualquer relação humana, fazem-se urgentes no requerimento dos alimentos gravídicos, para que esse importante instituto não seja manipulado a fim de produzir injustiças.

Por fim, espera-se que a Lei 11.804/2008 chame a atenção dos envolvidos nas relações familiares a respeito de suas responsabilidades, mas espera-se, também que, cada vez mais, a conscientização dos cidadãos quanto aos seus papéis na sociedade venha primeiro que a edição de leis.

Destarte, as reflexões e análises apontadas nesse trabalho oferecem subsídios para direcionar caminhos que proporcionem a efetividade da proteção do nascituro e a efetivação do exercício da cidadania.

Referências

- ANGELUCI, Cleber Affonso. Alimentos gravídicos: avanço ou retrocesso? *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 65-71, jan./mar. 2009.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa; BITTENCOURT, Bianca da Rosa. Alimentos gravídicos: o direito real desde a concepção. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 12, n. 64, 01 maio 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6115>. Acesso em 15 jul. 2009.
- DIAS, Maria Berenice. Alimentos para a Vida. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, 12 nov. 2008a. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=466>>. Acesso em: 10 maio 2009.
- DIAS, Maria Berenice. Alimentos Gravídicos? *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, 25 jul. 2008b. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=430>>. Acesso em: 10 maio 2009.
- DONOSO, Denis. Alimentos gravídicos. Aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 12, n. 61, 01 fev. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5871>. Acesso em: 10 maio 2009.
- FONTES, Simone Roberta. Alimentos gravídicos e princípios constitucionais. *Clubjus*, Brasília, 07 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.22450>>. Acesso em: 28 abr. 2009.
- FREITAS, Douglas Phillips. Alimentos gravídicos e a Lei n.º 11.804/08. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, 06 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=498>>. Acesso em: 07 jul. 2009.
- LUCYK, Joana de Moura; FURUMOTO, Rosemeire Victória. Necessidades nutricionais e consumo alimentar na gestação: uma revisão. *Comunicação em Ciências da Saúde*, v. 19, n. 4, 2008. Disponível em: <http://www.fepecs.edu.br/revista/Vol19_4art07.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2009.
- OLIVEIRA JUNIOR, Euclides Quintino de. *Alimentos gravídicos*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 17 nov. 2008. Acesso em: 15 maio 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Direito de Família*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. 5.
- PEREIRA, Clovis Brasil. Os alimentos gravídicos: um importante passo na plena proteção da infância. *Revista Prolegis*, n. 54. 16 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.revistaprolegis.com.br/index.php?cont=12&id=1752>>. Acesso em: 28 abr. 2009.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Alimentos gravídicos. *Última Instância*. 13 nov. 2008.

Disponível em:

<http://ultimainstancia.uol.com.br/artigos_ver.php?idConteudo=58736>.

Acesso em: 13 abr. 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Doutrina ideia-expressão e o *software*:
o estudo comparado da *merger doctrine*, *misappropriation doctrine* e teoria da escolha nas cortes norte-americanas,
australianas e francesas

Idea-expression doctrine and the software: a comparative study of the merger doctrine, misappropriation doctrine and the theory of choices in North-American, Australian and French courts

Leonardo Machado Pontes

Faculdade de Direito Milton Campos, bolsista pesquisador pela FAPEMIG (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado Minas Gerais). e-mail: lm.pontes@hotmail.com

Resumo: O artigo tem por objeto o estudo de várias teorias aplicadas pelos tribunais australianos, norte-americanos e franceses para decidir os casos de violação aos *softwares*. O art. 6, inc. III, da Lei 9609/98 (Lei de *Softwares*) incorporou noções fundamentais de algumas dessas teorias. O artigo é um guia prático para a resolução de conflitos entre *softwares*.

Palavras-chave: Doutrina ideia/expressão. *Merger doctrine*. *Misappropriation doctrine*. Teoria francesa da escolha. *Software*.

Abstract: This article intends to study some theories applied by the Australian, North American and French courts to decide the cases of software infringement. Art. 6, section III, of Law 9.609/98 (Law of Softwares) incorporated basic fundamental knowledge of some of these theories. The article is a practical guide for the conflict resolution between softwares.

Keywords: Dichotomy idea/expression. *Merger doctrine*. *Misappropriation doctrine*. French theory of choice. *Software*.

1. Introdução

Segundo a lei norte-americana (LAURIE, 1989, p. 232), para que autor de uma ação de *copyright* (direito de autor) obtenha êxito na alegação de *infringement*¹ ou viola-

¹ “Nos Estados Unidos existem dois tipos de violação ao *copyright*: o *primary infringement* e o *secondary infringement*. O *primary infringement* trata de uma violação direta ao direito de reprodução e pode envolver também o direito de comunicação ao público (...); violam-se os direitos inerentes ao titular do *copyright* que apenas ele poderia exercer. Intenção inocente, boa-fé, cópia inconsciente, ou ignorância da existência do *copyright* não são bastantes para motivar a defesa. O *secondary infringement* diz respeito à importação e/ou distribuição comercial de cópias infringidas” (PONTES, 2009, p. 7).

ção de seu programa de computador, deve provar que o réu se apropriou (incorporou em seu próprio programa de computador) mais do que a quantidade *de minimis* da expressão protegida do autor. Em outras palavras, deve provar que existe similaridade substancial no nível da expressão e não no nível da ideia entre os *softwares*.

Isso porque, segundo a doutrina ideia/expressão, o direito de autor não protege ideias, mas apenas as expressões dessas ideias que tenham o mínimo de originalidade e sobre as quais o autor tenha exercido sua autonomia. Como consectário lógico, essa premissa nos revela que todas as obras, inclusive *softwares*, têm elementos protegidos (expressão) e elementos não-protegidos (ideias).

O programa de computador é sujeito à proteção do direito de autor (HILTON, 1991, p. 271), quando seu código-objeto (*object code*),² código-fonte (*source code*)³ ou código executável (*executable code*)⁴ é fixado, não importa se em papel, em disco ou em um circuito integrado de *chip*. A proteção, segundo Hilton (1991, p. 272), estende-se a todos as outras formas do programa que tenham os mesmos elementos expressivos, como traduções em outras linguagens de programação ou em versões feitas para rodar em outros computadores.

O *software* é protegido pelo *copyright* e em alguns países por patentes, constituindo um sistema misto de proteção; outras vezes, por um sistema unitário baseado apenas no direito de autor. O *software*, para se adequar ao regime do *copyright* ou do direito de autor, deve respeitar o princípio da dicotomia ideia/expressão. Todavia, a análise da dicotomia ideia/expressão em programas de computador, como veremos, revela-se o mais das vezes problemática. O que seria ideia e o que seria expressão em um *software*?

Essa dificuldade surge porque os programas de computador têm uma natureza híbrida (SAMUELS, 1989, p. 368); implementam, ao mesmo tempo, palavras e símbolos para controlar um processo. A dificuldade, como vemos, é o fato de existirem elementos literários nos *softwares* que apenas transmitem informações ou que têm uma funcionalidade intrínseca (HILTON, 1991, p. 279).

Em face de sua natureza híbrida, duas correntes jurídicas surgiram para justificar uma visão mais protecionista e uma visão menos protecionista ou liberal, ambas com argumentos no sistema jurídico, que podem ser extraídas da seguinte maneira: a)

² Passo intermediário na produção do código executável para o código-fonte.

³ Escrito em linguagem convencional humana e em símbolos.

⁴ Escrito em linguagem binária lida por máquinas.

o *copyright* ou direito de autor protege mais do que o código literal (leia-se código objeto, código executável e código-fonte) do programa; b) o *copyright* ou direito de autor protege apenas o código literal (leia-se código objeto, código executável e código-fonte) do programa.

A vertente mais protecionista busca o amparo na legislação para fomentar sociedades empresárias e programadores, ao proteger juridicamente outros elementos que excedem o código literal de um programa, uma vez que o investimento de capital se tornaria vulnerável se estes outros elementos não fossem protegidos. Essa vertente, como veremos em nosso estudo, utiliza argumentos da *idea/expression doctrine*, *merger doctrine*, *misappropriation doctrine* e o princípio mais genérico do *mixing labor* de John Locke.

A vertente menos protecionista ou liberal busca o amparo na legislação para permitir que os elementos funcionais dos *softwares* sejam objeto de cópia, uma vez que extrapolam os limites do código literal, de maneira a permitir o avanço e o estudo tecnológico pelo intercâmbio de elementos não protegidos. Essa vertente se utiliza dos argumentos da *idea/expression doctrine* e *merger doctrine*.

Veremos que toda a polêmica que surge no *software* é representada por essas duas vertentes, na medida em que os casos que envolvem os *softwares* surgem quando um programador cria e vende seu programa, cujo desempenho, aparência e atuação se assemelham a outro *software* existente (BIXBY, 1981, p. 31).

2. Breve histórico

A opção pela proteção do programa de computador pelo *copyright* foi uma escolha oportuna nos anos setenta, já que o *software*, como trabalho literário em sua forma de código-fonte, necessitava de proteção contra a pirataria. Uma vez que o *copyright* protege o trabalho contra sua cópia (KARJALA, 1994, p. 975), tratou-se de uma escolha razoável para a proteção do programa de computador ao mesmo tempo em que Fornécia proteção transacional automática sob a égide das convenções internacionais.

Todavia, nos anos noventa, iniciou-se um debate mais acirrado para determinar se tudo aquilo que extrapolasse o código literal na tecnologia computacional deveria ser objeto ou não de proteção pelo *copyright*. Em 1992, nos Estados Unidos, começaram a surgir os primeiros casos que discutiram essas questões, como *Computer Ass., Int'l, Inc. v. Altai, Inc.*; *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*; e *Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, Inc* (KARJALA, 1994, p. 975).

3. *Funcionalidade versus literalidade*

O que torna a discussão acirrada em torno dos *softwares* são seus elementos funcionais. “Um trabalho é funcional quando ele executa uma tarefa utilitária que não seja para informar, entreter ou portar uma aparência para seres humanos” (KARJALA, 1994, p. 977. Tradução nossa). Enquanto, de um lado, a patente tem por função proteger trabalhos criativos funcionais, o *copyright* ou direito de autor tem por função proteger trabalhos criativos não-funcionais, ainda que o *copyright* tenha ao longo dos anos expandido seu campo jurídico para áreas que antes, teoricamente, pertenciam exclusivamente à propriedade industrial, como o *design* e a patente.

Os programas de computador, os protocolos de comunicação, o *hardware* para o *software*, as interfaces de *software* para outro *software*, e as *interfaces* dos usuários são, segundo Karjala (1994, p. 983), intrinsecamente funcionais; permitem que as máquinas realizem determinadas funções ao abrir as portas e as janelas que os programas usam para se interagir. Portanto, os programas de computador têm propósitos utilitários que não são para entreter ou informar seres humanos. Se os elementos dos programas de computador são mais funcionais do que não-funcionais, por que não protegê-los por meio do sistema de patentes?

Na realidade, a maioria dos programas de computador é desenvolvida com base em princípios de programação já conhecidos para a resolução de problemas específicos, que não atingiriam o requisito de novidade absoluta para lograr a proteção por meio da patente (KARJALA, 1994, p. 984). Uma vez que, por meio do código-fonte, a cópia desses programas é relativamente fácil de obter, houve a necessidade de se pensar novas formas de proteção para os investidores e programadores. Dessa forma, para proteger contra as cópias dos códigos foi eleito o sistema de *copyright*, já que esses códigos não atingiriam os requisitos de proteção no sistema de patentes.

A proteção ao código impede, pois, a cópia para a venda ou uso simultâneo, o que vai de encontro aos padrões de equilíbrio. O código literal deve ser protegido (código-fonte, código-objeto, código executável). A grande questão é, então, definir o quê, dentro do espectro do que não seja o código literal, também seria protegido pelo *copyright*.

4. *As cortes australianas*

As cortes australianas desenvolveram certos parâmetros e técnicas para tentar equacionar melhor essa questão.

Assim, sempre quando uma ação for proposta, o autor deve provar: a) que sua obra como um todo é original e, portanto, protegida; e b) que o réu se locupletou de parcela substancial de sua obra. Para provar o segundo requisito, vale dizer, o da cópia de parcela substantiva da obra, as Cortes exigem: b') a existência de um grau objetivo de similaridade entre a obra protegida e a alegação do ilícito e; b'') a existência de uma necessária conexão causal (ROTHNIE, 1998, p. 60). Se os requisitos forem suficientemente demonstrados, haverá uma presunção de contrafação.

Acreditamos que esses requisitos poderiam ser adotados por nossos tribunais, em uma melhor tentativa de elucidar a controvérsia, com a ressalva, todavia, de que não cabe ao autor provar que *criou a obra*. Basta ter seu nome indicado na obra, na qualidade de autor, o que cria uma presunção *iuris tantum* de autoria, que deve ser desconstituída pela réu, nos termos da Convenção de Berna e da própria Lei de regên-cia.⁵

Todavia, a questão mais complicada, na visão de Rothnie (1998, p. 67), diz respeito à dicotomia ideia/expressão no que toca a programas de computador. A criação ou armazenamento de materiais em formatos digitais ou eletromagnéticos que envolvem a conversão de obras em sequências de 0 a 1, armazenadas em alguma forma de memória computacional mediante impulsos elétricos.

Nos programas de computador existem quatro estágios em sua concepção (ROTHNIE, 1998, p. 67):

Primeiro estágio: no plano mais elevado, existe a ideia ou função do programa.
Segundo estágio: em um plano mais rebaixado, existe uma lista de características de um programa de computador.
Terceiro estágio: em um nível menos abstrato, as características de um programa de computador são descritas sob uma especificação funcional e elaboradas com maiores especificações técnicas. O terceiro estágio é considerado como trabalho literário e pode envolver labor artístico.
Quarto estágio: alguns programas complexos podem consistir em número de módulos ou em programas em si mesmos. A relação dos módulos entre si, e as funções de cada programa individual, podem ter sido trabalhadas graficamente em pseudocódigos.

⁵ O art. 15/1, da Convenção de Berna (Dec.75.699/75), prescreve o princípio fundamental de que o criador da obra é aquele em nome do qual a obra é divulgada, cabendo a terceiros provar o contrário. Pode-se extrair dessa regra, igualmente, o *ius conventiones* - o direito convencional -, que estabelece critérios mínimos de proteção ao autor do Estado signatário da Convenção. Isso quer dizer que a legislação interna do Estado deve respeitar esse critério mínimo. A legislação infraconstitucional praticamente copiou o art. 15/1, da Convenção nos dispositivos dos arts. 12 e 13, da Lei 9.610/98. Nesse sentido, se no software conste o nome do autor como o autor do programa há presunção *iuris tantum* de autoria.

A dicotomia ideia/expressão pode aparecer em qualquer desses estágios, inclusive entre estágios.

As cortes australianas têm julgado no sentido de que, em relação ao primeiro estágio, o simples fato de um ou mais programas terem a mesma função não é suficiente para caracterizar a contrafação (ROTHNIE, 1998, p. 68).

Em relação ao segundo estágio, as decisões australianas não são uníssonas. A cópia de inúmeros elementos das características de um programa de computador pode caracterizar contrafação, desde que envolva cópia de considerável detalhamento ou quantidade de elementos, definidos pela reprodução sequencial de pseudocódigos do código-objeto ou código-fonte, por sua vez, gerados em outra sequência de documento, que pode ser protegido como compilação. Essa tem sido a interpretação majoritária, dada também pelos tribunais americanos, aplicando uma definição mais larga de proteção, que se estende também à lógica, estrutura, *design* e a desempenho do programa de computador (SAMUELS, 1998, p. 368).

Em relação ao terceiro estágio, a apropriação substancial do código-fonte viola o direito de autor que subsiste naquela fonte, salvo se for demonstrado pelo réu que a similitude decorre não do direito de autor que subsiste no código fonte, mas de outros fatores, como: a) derivação de *bits* similares de uma terceira parte; b) derivação do domínio público; c) similaridades advindas apenas do próprio estilo do programador; d) similaridades que derivam de uma função necessária, vale dizer, quem quer que fizesse aquele trabalho necessariamente faria daquela forma (ROTHNIE, 1998, p. 71). Veremos, mais à frente, que o item “d”, acima listado, é conhecido, nos Estados Unidos, como *merger doctrine* ou *plurality of expressions test* e tem grande relevância prática na análise de programas de computador.

5. As cortes americanas

Nos Estados Unidos, vários julgados referentes à dicotomia ideia/expressão, concernentes à análise de programas de computador, geram polêmica, dado a complexidade técnica da matéria.

No caso *Apple v. Microsoft*, a comunidade jurídica foi obrigada a se deparar com questões complexas até mesmo para os mais estudiosos da matéria, como: a) quando um programa de computador é substancialmente similar a outro?; b) quando um programa de computador constitui uma derivação de outro?; c) o *copyright* protege os grá-

ficos gerados nas telas do computador, pelo programa de computador?; d) os gráficos gerados na tela de um computador pelo *software* podem ser independentemente protegidos enquanto compilação de dados ou enquanto uma obra audiovisual? (BIXBY, 1981, p. 32).

Algumas dessas questões já vinham se travando na justiça, em outros julgados.

O precedente mais proeminente e mais polêmico é o caso *Whelan, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory*. Neste caso, foi decidido que tudo aquilo que não seja o propósito ou a função do programa, visto externamente, é protegido porque expressão (LAURIE, 1989, p. 233). Em outras palavras, foi dada proteção pelo *copyright* a estrutura, sequência e organização do programa de computador, mesmo que não se tratasse de código literal.

O mesmo raciocínio foi aplicado posteriormente ao caso *Broderbund Software Inc. v. Unison World*, dando proteção do *copyright* as telas geradas pelo *menu* do *software*, que tinham sido substancialmente copiadas no *software* da ré, com algumas pequenas e insignificantes alterações (BIXBY, 1981, p. 41).

No caso que se seguiu a esse, *Digital Communications Associates, Inc. v. Softklone Distributing Corp*, a Corte teve outra postura reflexiva, ao entender que o *status* da tela de um programa de computador era protegido como expressão literária e não obra audiovisual, além de poder ser protegido como compilação de dados, já que arranjado de uma forma peculiar e original.

Como nos faz saber Laurie (1989, p. 233), embora toda a fundamentação teórica seja baseada no *copyright*, as Cortes julgam, na maioria dos casos, com base na doutrina da *misappropriation* (apropriação ilegal da propriedade alheia com a finalidade de beneficiar a si mesmo ou a outrem), traçando argumentos racionais de concorrência desleal.

Em uma visão mais geral, o que a jurisprudência demonstra é que se o réu buscou se apropriar do *mixing labor* do autor (do trabalho que o mesmo cunhou na obra), sem empregar qualquer esforço criativo que demonstrasse que estivesse comprometido com as práticas honestas do tráfico comercial, mas ao contrário, queria apenas se beneficiar do lucro rápido e fácil advindo da cópia de elementos substanciais de outro *software*, a tendência dos tribunais é condenar dentro do escopo maior da *misappropriation*, ainda que apresentem argumentos da doutrina *ideia/expressão*.

O bom senso dos julgadores está diretamente relacionado às condições causais que permitiram que a ré criasse o seu *software*, isto é, se suspeitas ou não. Nesse sentido, em 1987, o *Tribunal de grande Instance*, de Paris, julgou que o *software* do réu era uma violação ao *software* do autor porque “ele não detinha a capacidade técnica e fi-

nanceira, dentro de um ano, para produzir um produto original de *software* (SHUSTER, 1992, p. 49. Tradução nossa).

No mesmo sentido, no Reino Unido, um *software* é original se não for copiado de uma fonte existente e se no *software* há graus substanciais de habilidade, julgamento e trabalho (SIMON, 2006, p. 698).

Portanto, a solução mais lógica e fácil é tentar resolver a questão primeiramente no âmbito da concorrência desleal, do segredo industrial, da confidencialidade e de princípios traçados para criar uma relação fiduciária entre as partes, como a boa-fé e a confiança, somente para, se ainda for infrutífera, restar a tentativa de buscar a aproximação da dicotomia ideia/expressão, que é definitivamente mais complicada e elaborada e reclama por prova pericial.

6. Merger doctrine e teoria da escolha francesa

Como visto há pouco, a metodologia de análise dos níveis de abstração do programa de computador é a melhor forma de se verificar se houve ou não violação ao direito de autor, uma vez que toda concepção do programa de computador passa pela estrutura chamada de *top down* – isto é, os programas de computador são criados seguindo os níveis descritos (KARJALA, 1994, p. 977).

A grande dificuldade que subjaz é traçar a linha divisória que separa nitidamente a *ideia* da *expressão* no programa de computador. Nesse sentido, os doutrinadores norte-americanos e alguns juízes têm se reportado à *merger doctrine*, na tentativa de elucidar a questão.

A *merger doctrine* é uma doutrina que nega proteção ao *copyright*, mesmo que seja caracterizado como expressão protegida, nos casos em que uma ideia somente pode ser expressa de uma maneira ou por apenas algumas maneiras. Se uma ideia só pode ser expressa de uma forma ou por algumas formas, diz-se que a ideia se fundiu a expressão, que houve um *merger*. É, assim, uma diminuição à proteção, uma vez que se uma forma específica de programação somente pode ser descrita de algumas maneiras, portanto, dar proteção a estas algumas maneiras prejudicaria todos os outros *softwares* (KARJALA, 1998, p. 521).

De igual modo, a *Cour de Cassation*, no caso *Société Babolat Maillot Witt v. Pachot*, criou o teste conhecido como *teoria da escolha*, para determinar a originalidade ou não em um *software*. A *teoria da escolha* nada mais é do que a *merger doctrine* norte-

americana, com o diferencial de que a originalidade é baseada na escolha que detém o programador de expressar sua personalidade. Assim, para os franceses, se houver diferentes maneiras pelas quais um programador pode expressar sua criatividade naquele caso em específico, a forma de expressão escolhida carrega sua expressão original. Em outras palavras, para ser original uma expressão de *software* ela deve transcender os meros obstáculos da lógica da programação (SHUSTER, 1992, p. 57).

Nosso legislador teve essa precaução, ao estabelecer no art. 6.º, inc. III, da Lei 9.609/98, que não constitui violação ao programa de computador *a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando a) se der por força de características funcionais de sua aplicação; b) da observância de preceitos normativos e técnicos, ou c) de limitação de forma alternativa para a sua expressão.*

As hipóteses (a) e (c) do art. 6.º incorporaram a ideia central da *merger doctrine/teoria da escolha*, enquanto a hipótese (b) trouxe a preocupação da doutrina *ideia/expressão* do art. 8º, inc. I, da Lei 9.610/98 (Lei do Direito de Autor): *não são objeto de proteção como direitos autorais (...) ideias, procedimentos, sistemas, conceitos matemáticos...*

O que nos interessa em relação a isso é o argumento de que se existem várias possibilidades de se expressar algo por meio da tecnologia computacional; então, qualquer uma dessas formas específicas se torna expressões protegidas. Em outras palavras, o que é protegido no *software* é a ausência de um *merger* (KARJALA, 1988, p. 521). Todavia, basear toda a análise apenas na *merger doctrine* para separar a ideia da expressão se mostra inviável, por carecer de outros elementos. Se a análise fosse conduzida apenas pela *merger*, várias iniquidades poderiam surgir.

A abordagem lógica que sugere Karjala (1998, p. 522) é proteger por meio do *copyright* o código literal do programa de computador ou traduções mecânicas ou eletrônicas sem qualquer criatividade ou esforço. Isso parece óbvio. A violação, nesses termos, deve ser prontamente objeto de procedência para uma ação condenatória. Estabelece o *Copyright Act*, de 1976, emendado em 1980, que a cópia do código-fonte e do código-objeto de um programa constitui violação ao *copyright*.

Nesse mesmo sentido, os tribunais franceses, por analogia, descreveram programas de computador como trabalhos literários e chegaram à conclusão de que o *software* original se constitui como *oeuvre de l'esprit* (SHUSTER, 1992, p. 45).

Pela análise, igualmente, do art. 6º de nossa lei, acima retratado, a violação do código-fonte, código-objeto e código-executável é contrária à lei.

A controvérsia, todavia, é saber se a estrutura de um *software*, sua sequência,

organização (SSO) e os elementos de interface deveriam ou não ser protegidos pelo *copyright*, justamente a polêmica gerada pelo caso *Whelan, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory*. Sequência, organização e estrutura são conhecidas pela expressão popularizada pela mídia e pelos tribunais de *total concept and feel* ou simplesmente de *look and feel*. Isso significa o teste feito pelos juízes em seu nível mais basilar, algo do tipo “olhe e sinta cada aspecto particular do programa” (BIXBY, 1981, p. 34).

É cediço que a forma em que se arranjam os módulos internos de um *software* pode aumentar sua eficiência em um mercado competitivo, e falta de proteção poderia prejudicar o programador ou a sociedade empreendedora.

Ao revés, o excesso de proteção poderia inibir o avanço tecnológico, já que os *softwares* se retroalimentam da tecnologia pretérita com frequência. Nesse caso, os módulos internos deveriam ser interpretados apenas como elementos funcionais, engenharia, método, e não como criações, mas apenas infra-estrutura (KARJALA, 1988, p. 525). Aqui é definitivamente onde a *merger doctrine* exerce o papel fundamental, segundo a visão da maioria dos julgados e de alguns doutrinadores americanos:

a) – Se for demonstrado que a forma em que foi arranjado o módulo interno só poderia ser arranjada daquela maneira ou mediante limitadas formas, deve ser julgado que não houve violação, pois se trata de elemento funcional.

b) – Se for demonstrado que o módulo poderia ser arranjado em diferentes formas que não diminuíssem a eficiência do programa, e que mesmo assim o programa foi arquitetado utilizando quantidades substantivas de outro módulo, haverá violação, pois o elemento funcional já não mais prepondera e foi copiada a “expressão”.

7. Os três testes do juiz Leonard Hand

Além da *merger doctrine*, mediante a contribuição do juiz Leonard Hand, os tribunais americanos desenvolveram três diretrizes para guiar a condução da doutrina ideia/expressão, com aplicação, inclusive, para os *softwares*: a) o teste de abstrações (*abstractions test*); b) o teste da pluralidade de expressões (*plurality of expressions test*) e; c) distinções funcionais/expressivas e essenciais/não-essenciais (*functional/expressive and essential/non-essential distinctions*) (SHUSTER, 1992, p. 922)

Esses três testes foram aplicados no caso *Lotus Development Corp. v. Paperback Software International*, como passaremos a estudar.

De acordo com o teste das abstrações, a ideia e expressão podem ser separadas ao

se descrever o contínuo da expressão. No final do contínuo, as ideias são descritas de uma maneira geral, e, no seu início, de uma maneira expressa. O julgador deve criar, assim, uma escala de abstrações, medida caso a caso (SHUSTER, 1992, p. 923).

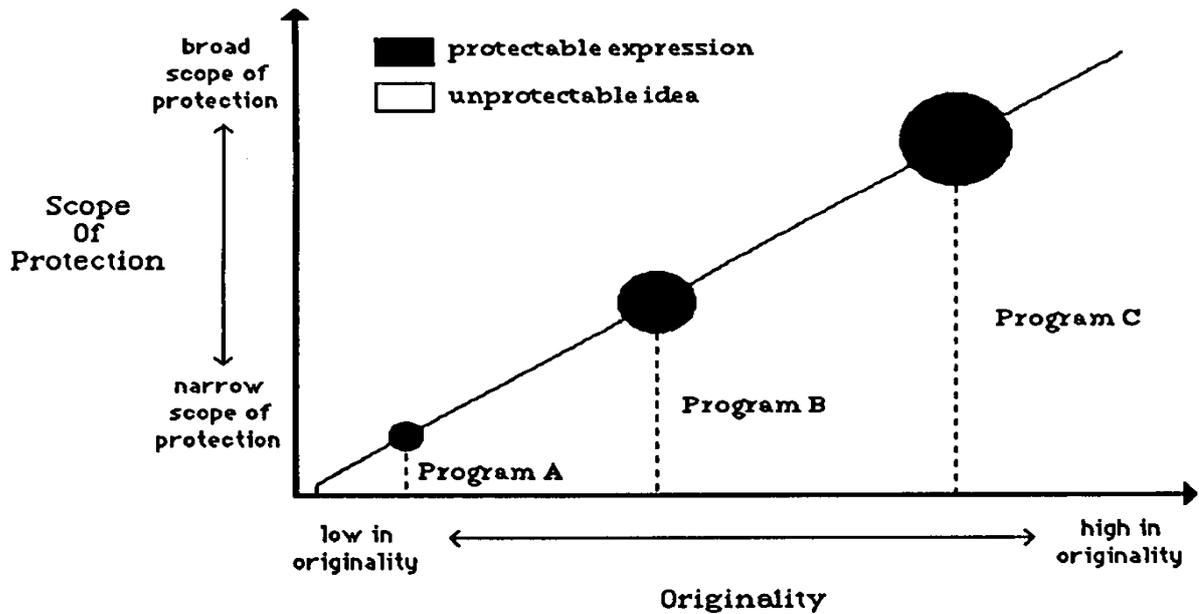
Em *Lotus Corp.*, ao se aplicar o referido teste, os julgadores chegaram à conclusão de que programas como *VisiCalcs*, *1-2-3*, *Multiplan*, *SuperCalc4* e *Excel*, embora diferentes em sua estrutura e aparência, eram maneiras diversificadas de se expressar um *spreadsheet* eletrônico. Eles não sugeriram que as diferentes maneiras de se expressar o *spreadsheet* seriam protegidas pelo *copyright*, mas antes que outros elementos, mais específicos, também poderiam não receber proteção, como o formato em L rotatório que era apresentado na tela do *spreadsheet* (SHUSTER, 1992, p. 923).

Para determinar se formato em L era ou não protegido pelo *copyright*, os julgadores se valeram do teste da *pluralidade de expressões*. Segundo esse teste, quanto maior for o espectro de maneiras em que determinada coisa pode ser expressa, maior será a probabilidade de essa coisa ser protegida pelo *copyright*.

Os julgadores, chegando à conclusão de que o formato em L giratório da tela poderia ser expresso em apenas algumas maneiras, aplicaram a *merger doctrine* e constataram ausência de violação. Aplicaram o mesmo teste para determinar se a cópia do comando (/) para abrir o *menu* do programa do autor seria ou não violação. Haveria poucas formas de se expressar o referido comando, o tribunal também aplicou a *merger doctrine* (SHUSTER, 1992, p. 923).

Todavia, ao aplicarem o mesmo teste para determinar se a linha do comando do *menu* do programa, descrita sob os caracteres *Command: BCDEFGIMPRSTVW*, seria ou não violação, afastaram a *merger doctrine* porque essa mesma linha poderia ser descrita de infinitas formas. Ao final, embora ambos os *softwares* tivessem elementos de *merger*, o tribunal julgou que a estrutura *Lotus 1-2-3* era em seu todo protegida, porque “original e sem qualquer obviedade” (SHUSTER, 1992, p. 924).

A aproximação intentada, segundo Shuster, reflete assim o que as Cortes chamam de *estilo de criação* do programador. Se o programador usar para expressar uma ideia uma expressão *original e sem obviedade*, e se esta ideia pode ser expressa de inúmeras outras formas, sua obra será protegida. Ao contrário, se uma ideia somente for passível de ser expressa limitadamente, haverá *merger* e, consecutivamente, falta de originalidade e proteção. Essa parece ser também a orientação da Corte de Cassação, como visto. O seguinte gráfico (HILTON, 1991, p. 284) explicita esse raciocínio:



Quanto maior a originalidade, maior a proteção e maior será o perímetro circular concedido à expressão. Nesse mesmo sentido, o aspecto de funcionalidade que seja imbricado ao aspecto literário do programa pode ser igualmente trazido para o escopo da *merger doctrine*. Em outras palavras, se a funcionalidade do programa necessita de determinada sequência ou módulo para funcionar apropriadamente, as Cortes não dão proteção a esses aspectos e não consideram violação (SHUSTER, 1992, p. 925). Essas posições, todavia, são tomadas caso a caso, analisando a zona de interconexão entre o 2.º e o 3.º estágios, havendo possibilidade de proteção. Esse é o teste conhecido como *distinções funcionais/expressivas e essenciais/não-essenciais*.

No caso *Arnstein v. Porter*, as Cortes desenvolveram, outrossim, mais um teste para determinar se havia similaridade substancial entre os *softwares* objeto de litígio. Esse teste é composto por um componente extrínseco e um componente intrínseco. O componente extrínseco é baseado na análise pericial, enquanto o componente intrínseco é baseado na visão leiga dos julgadores. No final, ao combinarem os componentes intrínsecos e extrínsecos, os julgadores são capazes de decidir com maior grau de certeza se há ou não similaridade substancial (BIXBY, 1981, p. 35).

8. A abordagem mais liberal

Até agora, vimos a interpretação dada aos *softwares* que extrapolam os limites do código literal. Vejamos agora a interpretação menos conservadora.

Na opinião de Karjala (1994, p. 998), a opção de se adotar a *mejer doctrine* para análise do 2.º estágio é equivocada, porque independentemente do processo e sequência que possa existir para se obter determinado resultado, não importa quais outros sistemas ou métodos possam existir, sistemas e métodos não são protegidos pelo *copyright*. Pouco importa, para o *copyright*, a forma como os módulos são arrançados, se mais eficientes ou ineficientes, porque simplesmente são se enquadram como *expressão literária*.

Essa foi a mesma conclusão a que chegou o *Office of Technology Assessment*, em estudo publicado, ao dizer que a concepção mais larga adotada pelos tribunais, protegendo outros elementos que ultrapassam o código literal, é inadequada porque o *copyright* não protege sistemas (SAMUELS, 1989, p. 368).

Nesse sentido, houve certo avanço em alguns julgados, como *Gates Rubber Co.*, distanciando-se do precedente do caso *Whelan, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory*, em que se decidiu que não são protegidos:

ideias, processos, fatos, informação de domínio público, material que merge, incluindo os standards de hardware e especificações mecânicas, os standards do software e requerimentos de compatibilidade, os standards do design manufaturado de computadores, e as práticas da indústria de computadores (KARJALA, 1994, p. 987. Tradução nossa).

Também, no caso *Computer Assoc.*, foi decidido que não são protegidos:

Elementos necessariamente incidentais à função de um programa, incluindo elementos dedicados a eficiência; elementos requeridos por fatores externos, incluindo elementos ditados por especificações mecânicas, compatibilidade de requerimentos; standards de design manufaturado do computador; largas práticas de programação aceitas e elementos de domínio público. (KARJALA, 1994, p. 987. Tradução nossa).

Ao se proteger apenas o código-fonte, o código-objeto e o código executável, os demais elementos funcionais, que maximizam a eficiência dos programas, desde que não sejam protegidos por patente, permitem o intercâmbio de estudo entre programadores, reduzindo os impactos de um retrocesso tecnológico. Assim, protege-se o código do programa contra cópias, transformações ou traduções banais e sem criatividade, direta ou indiretamente.

Aplicando-se, então, o teste da doutrina ideia/expressão, a linha tênue que se-

para a ideia da expressão nos programas de computador está justamente na interposição entre o 2.º estágio para o 3.º estágio:

2º Estágio	
3º Estágio	
	<i>Não protegido</i>
	<i>Depende do caso</i>
	<i>Protegido</i>

Essa proteção é conhecida como *thin protection* - proteção fina - e consiste na proteção concedida apenas ao terceiro estágio e a alguns aspectos da zona intermediária entre ambos.

Resta saber com mais detalhes o que compõe o 2.º estágio, porque já sabemos que o 3.º estágio é composto pelo código literal. Nesse sentido, para a corrente menos protecionista, resta saber se as chamadas *interfaces*, que são janelas e portas pelas quais os usuários e o hardware e software fazem uso do programa, são protegidas pelo *copyright*, pois vimos que as *interfaces*, para a corrente protecionista, podem receber proteção.

Ao se aplicar o teste da dicotomia ideia/expressão, para a corrente menos protecionista, as *interfaces* do programa em si não seriam protegidas. As chamadas *nonuser interfaces* também não atendem aos critérios de proteção, vistas como uma combinação de símbolos ou códigos, nem mesmo atendem à proteção dispensada à compilação de dados (KARJALA, 1994, p. 980). Todavia, algumas *interfaces* com características apresentadas na tela podem ser protegidas como aspectos de trabalho audiovisual. Resta a dúvida, ainda não equacionada, se as *interfaces* de usuários, que têm graus de funcionalidade, deveriam ou não ser protegidas pelo *copyright*.

Segundo nossa visão, para decidir se as chamadas *user interfaces* deveriam ser protegidas, é aqui, com mais rigor, que deveria ser aplicada as regras já vistas, traçadas

pelos tribunais americanos, isto é, para se verificar a zona de interconexão entre o 2.º e o 3.º estágios.

9. Conclusão

Entre as duas correntes estudadas, vimos que ambas concordam que o 1º estágio do *software* não é protegido e que o 3.º estágio é protegido. A divergência travada se refere à proteção dispensada ao 2.º estágio.

Na Austrália, nos Estados Unidos e na França, se for demonstrado que a outra parte se utilizou substantivamente da estrutura do *software*, das *interfaces* de usuários, e havendo ausência de *merger*, a tendência das Cortes (embora haja exceções) é julgar no sentido de violação ao *copyright*, porém, fornecendo também argumentos da doutrina da *misappropriation*. Assim, segundo a visão que atualmente prevalece, o segundo estágio tem elementos que são protegidos pelo *copyright*, além das interconexões entre o 2.º e 3.º estágios.

10. Bibliografia

BIXBY, Michael B. Synthesis and originality in computer screen displays and user interfaces: the “look and feel cases”, *Willamette Law Review*, Oregon, v. 27, pp. 31-50, 1981.

HILTON, Willian E. Quantifying originality: a logical analysis for determining substantial similarity in computer software copyright infringement actions. *IDEA – The Journal of Law and Technology*, v. 31, pp. 269-296, 1991.

KARJALA, Dennis S. Copyright protection of computer documents, reverse engineering, and professor Miller. *University of Dayton Law Review*, Ohio, v. 19, pp. 975-1019, 1994.

KARJALA, Dennis S. Copyright protection of computer program structure. *Brooklyn Law Review*, New York, v. 64, pp. 519-543, 1998.

LAURIE, Ronald S. Comment: use of levels of abstraction analysis for computer programs. *AIPLA Q.J.* Washington, v. 17, pp. 232-236, 1989.

PONTES, Leonardo Machado. *Fair use doctrine* e as obras e não publicadas. *Jornal das Faculdades Milton Campos*, v. XV, n.º 127, 2009.

ROTHNIE, Warwick A. Idea and expression in a digital world. *University of Tasmania Law School, Journal of law and information science*, Hobart, v. 9, n. 1, pp. 59-76, 1998.

SAMUELS, Edward. The Idea-Expression Dichotomy in Copyright Law. *Tennessee Law Review*. Tennessee, v. 56, p. 322-462, 1989.

SHUSTER, Todd H. Legal protection of computer software under American and French law. *RDAl/IBLJ*, London, n. 8, pp. 915-944, 1992.

SHUSTER, Todd H. Originality in computer programs and expert systems: discerning the limits of protection under copyright laws of France and United States. *The Transnational Lawyer*, US, v. 5, pp. 3-96, 1992.

SIMON, Ilanah. South Africa Supreme Court rules on copyright in software and computer-generated works. *Journal of Intellectual Property & Practice*, London, v. 1, n. 11, pp. 696-699, 2006.

A (in)constitucionalidade do sistema de quotas das universidades brasileiras

The (un)constitutionality of the quotas system in Brazilian universities

Márcia Christina de Souza Oliveira

10º período na Faculdade de Direito do UNIPAM

e-mail: marcinha.chris@yahoo.com.br

Resumo: O presente artigo visa a uma análise do sistema de quotas instituído no Brasil por algumas leis estaduais. Este estudo está voltado para uma abordagem acerca da condição atual do negro frente à conjuntura sócio-educacional do Brasil. Tem como enfoque também a análise do Princípio da Isonomia previsto pela Constituição da República Federativa Brasileira promulgada em outubro de 1988. Por fim, este artigo apresenta considerações sobre as *affirmative actions* (ações afirmativas), sobre sua relação com o supramencionado sistema de quotas e a possibilidade de esta iniciativa estar minada por elementos de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Negro – Princípio da Isonomia – Sistema de Quotas

Abstract: The present paper aims at an analysis of the quotas system instituted in Brazil by some state laws. The study is directed towards an approach of the present condition of the black in the social and cultural situation of the country. It also aims at an analysis of the Principle of Isonomy due to the Brazilian Constitution of October 1988. Finally the paper presents some considerations on the affirmative actions, on its relation with the quotas system and the possibility of unconstitutionality of its elements.

Keywords: Black – Principle of Isonomy – Quotas system

1. Considerações iniciais

Há muito vem se discutindo sobre a questão das minorias no Brasil. Dentre essas minorias, pode-se destacar a situação do negro ante o contexto social do referido país. A nação brasileira, em seu nascedouro, foi fortemente marcada pela influência de diversos povos contribuindo em sua constituição. Além dos índios que aqui habitavam, europeus, orientais e africanos também participaram da formação do povo brasileiro. Surge, então, uma pergunta: por que, em uma sociedade formada por diversos povos, os negros são discriminados?¹ Talvez a origem do preconceito racial advenha da

¹ Entende-se que outros grupos étnicos e até sociais também sofrem discriminações, mas limi-

escravidão, visto que os escravos, no Brasil, eram negros. Outra hipótese que pode justificar tal comportamento é a difusão de teorias (infundadas), como a defendida por Buffon e De Pawn (apud SOUZA, 2004, p. 1), que atestavam ser a “raça”² negra inferior às outras raças. Na verdade, o motivo que deu origem a tanta intolerância contra os negros não importa, o fato comprovado é que a mesma existe e gerou consequências que se disseminaram por todo o território nacional e que permaneceram até hoje. Portanto, o que se verifica é que o negro, mesmo em uma sociedade que se autodenomina isonômica, sofre, ainda, limitações no que se refere ao acesso a níveis superiores de escolaridade, à ocupação de cargos de gerência e/ou administrativos, à igualdade de tratamento em determinados setores da sociedade, dentre diversas outras formas de discriminação que se manifestam de maneira velada.

Diante desse contexto de discriminação, surgiram no decorrer da história movimentos visando à proteção do negro, bem como iniciativas foram tomadas na tentativa de amenizar e coagir atitudes discriminatórias. A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, ao estabelecer em seu artigo 5.º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”, instituiu o Princípio da Igualdade (ou Isonomia) proibindo, por conseguinte, a prática da discriminação. No mesmo artigo, o legislador tornou explícito o desejo de coagir condutas racistas estabelecendo que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (artigo 5.º, XLII, Constituição Federal/88).

Outras normas anteriores à Constituição Federal de 1988 já previam a igualdade entre as pessoas. Desde a Constituição de 1824, esse princípio já fazia parte do ideal legislativo. De fato, o Princípio da Isonomia perpassou todos os textos constitucionais brasileiros, apesar de ser evidente seu aspecto formal, visto que a Lei Maior previa o que, na prática, se desenvolvia de modo inverso.

É, portanto, frente ao contexto de busca da igualdade entre as pessoas e da extinção de práticas racistas que o legislador vem elaborando normas tendentes a abolir condutas discriminatórias. Além do que já se mencionou, constitui também iniciativa

tar-se-á, neste estudo, a discorrer sobre a questão do preconceito racial contra o negro e suas consequências histórico-sociais.

² Apesar de se usar neste trabalho o termo raça, estudos atuais demonstram que tal conceito foi superado e que seu surgimento deu-se como uma definição sociopolítica criada com o propósito de legitimar um tipo de exploração característico da primeira fase do capitalismo – a escravidão. Portanto, não obstante seja usado esse termo no presente trabalho, salienta-se que a ideia de raça, hodiernamente, é considerada ultrapassada.

voltada para o fim do racismo e para a compensação das práticas de preconceito e discriminação sofridas pelos negros ao longo da história do Brasil o que se conhece por Ações Afirmativas, sendo que dentre essas está a chamada “política de quotas”.

É exatamente neste aspecto que se situa o objeto da presente pesquisa: apesar de ser uma tentativa de diminuir as desigualdades e, conseqüentemente, o preconceito racial, a política de quotas para negros nas universidades federais brasileiras é um procedimento que atende aos preceitos constitucionais? Esta indagação permeará o foco deste estudo e através dela serão buscadas teorias que atestem a inconstitucionalidade da política de quotas ou que definitivamente a rechacem.

O tema em questão tem importância, pois pertence ao atual contexto histórico-social, além de estar presente na pauta de diversas discussões tanto por parte de juristas quanto pela sociedade de forma geral. Ademais, a política de quotas foi objeto de um projeto de lei de iniciativa do Senado Federal e de algumas leis estaduais, o que mais uma vez justifica a relevância de seu estudo.

Eis, portanto, o porquê de se realizar esta pesquisa: é necessário elucidar elementos relacionados ao surgimento da iniciativa de se criar uma lei que viabilize de forma mais efetiva o ingresso de afrodescendentes no universo acadêmico federal e buscar um posicionamento frente à polêmica trazida por tal tema.

Preende-se, com este estudo, conforme se evidenciou acima, verificar a possibilidade de a norma que estabelece o sistema de quotas para os afrodescendentes nas universidades ser inconstitucional. São ainda objetivos da presente pesquisa: fazer uma breve apresentação das condições do negro frente ao quadro da educação superior no Brasil e do preenchimento das vagas nas universidades pelos afrodescendentes; verificar os aspectos teóricos acerca do Princípio da Igualdade e a práxis na implementação do mesmo; analisar o sistema de quotas dentro do contexto das ações afirmativas; e, por fim, fazer breves apontamentos acerca das leis 3.524/00 e 3.708/01 do Rio de Janeiro, visando a estabelecer parâmetros os quais possibilitem determinar o caráter constitucional ou não dessas iniciativas.

2. O sistema de quotas dentro do contexto brasileiro

2.1. O negro e a educação

A população negra, no Brasil, conforme se assinalou anteriormente, vem sofrendo, desde os primórdios da formação do povo brasileiro, discriminações e cerceamento

mentos de diversas formas. De acordo com o que expôs Arivaldo Santos de Souza,

Após o estabelecimento dos primeiros engenhos de açúcar, estimativamente, não muito antes de 1549 e não muito depois de 1550, deu-se início ao ultraje e ao vilipêndio dos negros, com a reificação e escravização de homens e mulheres que passaram a formar a força motriz do Brasil, passando a serem tratados como bem semovente pelas Ordenações Filipinas. O tratamento dispensado ao negro assumiu novas roupagens, mas nunca deixou de carregar no seu bojo grandes doses de perversidade, até desembocar, no início do século passado, em teses epistemologicamente insustentáveis, apoiadas em intelectuais como Buffon e De Pawn, os quais inventaram teses absurdas (SOUZA, 2004, p. 1).

Uma dessas teses, a qual merece destaque devido ao seu caráter de absurdez, é a do branqueamento da população brasileira. Tal teoria se fundava na ideia de que o desenvolvimento do Brasil dependia do branqueamento de sua população que se daria, especialmente, por meio da vinda de europeus brancos para nosso país. Conforme define Ronaldo Jorge A. Vieira Júnior, citando Maria Aparecida Silva Bento, Edith Piza e Fúlvia Rosemberg, o conceito de branqueamento

(...) consiste num conjunto de políticas estatais implementadas no final do século XIX e início do século XX, algumas, inclusive, sob a forma de diplomas legais, que objetivavam reduzir a participação de pretos e pardos na composição da população brasileira, por intermédio de, por exemplo, estímulo à imigração de brancos europeus e da restrição à imigração de negros e asiáticos (VIEIRA JÚNIOR, 2005, p. 82).

Foi basicamente alicerçada em ideologias como a apresentada que se desenvolveu a história do Brasil, ou melhor, a história da raça negra no Brasil. Um grupo étnico que desde sua chegada em terras brasileiras foi visto como objeto, pessoas consideradas como seres sem alma, sem direitos e sem vontade. O tratamento dispensado aos negros, no Brasil, principalmente quando da escravidão, configurou-se pior que o tratamento relegado às bestas. E tal prática, mesmo com a abolição da escravatura, ficou arraigada na conduta da sociedade. Diante desse quadro, a participação dos negros, dentro do contexto social brasileiro, sofreu muitas restrições as quais refletiram também na educação. O preconceito racial impediu ou dificultou durante muitas décadas o acesso dos negros aos níveis básicos da educação e, em consequência disso, também aos níveis mais elevados, incluindo-se o acesso ao nível superior.

Atualmente, ainda se verifica a disparidade na participação dos negros em cursos superiores quando comparada à presença de brancos neste mesmo nível educacional. Ressalte-se que a diferença, quando nos referimos à educação, não se limita ao ensino superior. É evidente que, nas universidades, a participação de negros comparada à dos brancos atinge proporções ainda maiores, entretanto, isso é apenas o resultado lógico de um ciclo vicioso que se origina na educação básica, a qual, por sua vez, tem como cerne a pobreza.

Dados do IBGE de 2003 trazidos por Jaccoud e Theodoro evidenciam numericamente a situação dos negros em relação aos brancos, quando se faz referência à educação:

(...) tomando-se o grupo de 15 a 17 anos, enquanto 60% dos estudantes brancos nesta faixa etária cursavam o ensino médio, no caso dos negros esse percentual contemplava apenas 32% do total dos estudantes desta raça/cor. No que se refere à educação superior, a situação é ainda mais restritiva. Na faixa dos 20 aos 24 anos, 53,6% dos estudantes brancos estavam na universidade, enquanto que para os negros, esse percentual era de até 15,8%.

Esses últimos dados engendram um outro aspecto importante que diz respeito à distorção idade-série, índice que mede a distância entre a situação real do estudante, em termos da série cursada, e a situação ideal, tendo em vista sua idade. Neste sentido, em 2001, 44% dos estudantes negros na faixa dos 20 aos 24 anos cursavam o ensino médio e 34,2%, o ensino fundamental. Os negros com acesso ao sistema educacional se concentram nos extratos inferiores – sobretudo ensino fundamental – com altos índices de defasagem idade-série (JACCOUD & THEODORO, 2005, p. 107).

Ante o exposto, é possível comprovar a triste situação de uma raça que compõe a maioria da população brasileira. Resta comprovada a tese de que nossa sociedade, apesar das inúmeras iniciativas que buscam a diminuição das desigualdades raciais e sociais, ainda tem muito que fazer para atingir seu objetivo.

2.2. O Princípio da Igualdade

O ilustre filósofo Aristóteles citado por Rubens Cartaxo Júnior, séculos atrás, já dizia: “se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais)” (CARTAXO JÚNIOR, 2003, p. 1). A célebre afirmação

reflete o que várias vezes se reafirmou: a lei deve tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade. Essa assertiva traduz o que o Princípio da Igualdade, consagrado por nossa atual Carta Magna, contemplou e que diversas leis ordinárias vêm tentando estabelecer na prática.

Quando se menciona tal princípio, *mister* torna-se diferenciar a igualdade formal da igualdade material. A primeira delas é aquela concebida abstratamente, é a igualdade estabelecida na lei, mas que não prevê nenhuma ação que efetive sua aplicação. Essa faceta do Princípio da Igualdade tem caráter estático, pura e simplesmente configurando um direito. Ao estabelecer no já citado artigo 5.º da Constituição Federal a igualdade de todos perante a lei, o legislador de modo inverso e implícito proíbe a discriminação de qualquer natureza; entretanto, ele não estabelece condutas voltadas à efetivação dessa proibição.

Assim, a igualdade formal se justifica, principalmente, pois é por meio dela que há o cerceamento da elaboração de leis discriminatórias. A discriminação ora em análise, no entanto, deve ser entendida tendo como base o princípio da proporcionalidade, visto que há teorias que admitem a possibilidade de discriminar para igualar.

A igualdade material, por seu turno, consiste numa igualdade real, efetiva. Enquanto, formalmente a igualdade pressupõe inércia, materialmente ela traduz ação, dinamismo. A mesma consiste numa equalização eficaz, que não se mantém no plano abstrato, mas que busca resultados concretos, práticos. O texto constitucional de 1988 inova ao estabelecer normas não apenas garantidoras da igualdade formal, mas voltadas também para a igualdade material.

Pedro Lenza, em sua obra *Direito Constitucional Esquematizado* (2008), menciona diversos artigos da atual Constituição Federal que estabelecem a isonomia material. Dentre estes podemos citar o artigo 3.º, inciso IV, artigo 4.º, inciso VIII, artigo 5.º, inciso XLII e artigo 206, inciso I, os quais estão diretamente relacionados à questão da desigualdade gerada em função das diferenças raciais.

Interessante é a distinção de igualdade na lei e igualdade perante a lei – o que remete às especificidades da igualdade formal e da igualdade material – feita pelo Supremo Tribunal Federal e citada por Júlio César Rossi, estabelecida nos seguintes termos:

Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar dis-

criminações e de extinguir privilégios, sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade (ROSSI, 2005, p. 1).

Ao considerar que o Princípio da Isonomia traz em seu bojo a possibilidade de discriminar para igualar, há que se ter cautela nessa análise e na elaboração de normas baseadas neste enfoque, pois não é razoável cobrir com o manto da constitucionalidade leis que discriminem injustificadamente. Nesse sentido, pontua Rubens Cartaxo Júnior:

É perfeitamente admissível que uma lei faça discriminações, desde que fundada em justificativa objetiva e razoável, segundo critérios e juízos valorativos genérica-mente aceitos, tendo em vista os efeitos e os fins a serem alcançados (CARTAXO JÚNIOR, 2003, p. 1).

O trecho acima deixa explícita a possibilidade de se elaborarem normas discriminatórias. A grande dificuldade trazida por essa possibilidade consiste em definir o limite tênue entre a constitucionalidade ou não da norma. Em outras palavras, até que ponto a desigualdade trazida pela lei não será transformada numa força geradora de inconstitucionalidade? Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Pedro Lenza, estabeleceu três questões que devem ser observadas com o propósito de verificar o respeito ou não ao Princípio da Isonomia, o qual se reflete na obediência ou não à Constituição Federal. Parafraseando o renomado constitucionalista, a ofensa a quaisquer dos requisitos enumerados por Celso Antônio, inexoravelmente, conduzirá ao desrespeito ao aludido princípio. Tais requisitos se resumem ao fator de desigualação; à correlação lógica entre o fator de desigualação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e à consonância desta correlação com os interesses do sistema constitucional. De forma simplificada, o que Celso Antônio estabeleceu é que para ser possível legislar de maneira discriminatória há que existir de fato uma situação que exija o tra-

tamento desigual pela legislação. É necessário ainda que a norma se correlacione diretamente ao fator de desigualação de modo a atendê-lo, não versando, neste caso, sobre outros fatores, nem sendo muito abrangente. Por fim, a norma desigualadora não pode ferir os interesses constitucionais. Em outros termos, para que a norma que prevê o tratamento desigual para os desiguais não seja considerada inconstitucional, deverá ela estar justificada, ser razoável e proporcional.

2.3. *As ações afirmativas*

Dentro do contexto de análise das normas discriminatórias reside o que hodiernamente se denominam *discriminações positivas* ou *affirmative actions* (ações afirmativas). As AA, como são admitidas, consistem em políticas públicas e privadas que visam à implantação e implementação de normas e programas que possibilitem o acesso das minorias a diversos setores da sociedade, como o setor de serviços e da educação. Na verdade, essas políticas sociais surgiram na Inglaterra por volta de 1935 e posteriormente foram implementadas nos Estados Unidos como um mecanismo de diminuição da marginalização social e econômica do negro na sociedade americana.

De fato, as ações afirmativas nada mais são do que uma tentativa de concretização da igualdade material. Tanto na esfera pública quanto na privada, medidas vêm sendo tomadas a fim de coibir práticas discriminatórias e de estender às camadas marginalizadas as mesmas oportunidades que são oferecidas às demais camadas da sociedade. Nesse ínterim, a igualdade deixa de ser apenas um princípio formalizado, tornando-se uma meta constitucional a ser alcançada não só pelo Estado como também por toda a sociedade.

Assim, essas ações almejam não só proibir as condutas discriminatórias, mas também promover políticas no sentido de provocar uma mudança na mentalidade da população quanto às minorias e seu direito de tratamento igualitário. Nesse sentido, Joaquim B. Barbosa Gomes afirma que

(...) além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra (...).

Por outro lado, as ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo eliminar os “efeitos persistentes (psicológicos, cultu-

rais, comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar.

Figura também como meta das ações afirmativas a implantação de uma certa “diversidade” e de uma maior “representatividade” dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada (GOMES, 2005, p. 55-56).

As ações afirmativas, conforme foi pontuado, podem se manifestar de diversas formas na busca do propósito de diminuir as desigualdades. Elas possuem, neste sentido, relação direta com o tema proposto para este estudo: o sistema de quotas. Tal fato se dá, visto que esse sistema, de acordo com o que se antecipou, pode ser considerado como uma espécie de ação afirmativa.

Está sedimentada e não gera dúvida alguma a colocação de Luciana Jaccoud e Mário Theodoro, no que se refere ao fato de que a educação é um dos principais instrumentos de equalização de oportunidades e, portanto, de combate à desigualdade social. O sistema de quotas se mostra, dessa forma, como uma boa alternativa no combate às desigualdades. Ressurge, entretanto, diante de tanta polêmica acerca da temática das quotas, o questionamento: esta é ou não uma iniciativa que se enquadra nos ditames constitucionais?

2.4. As quotas e sua (in)constitucionalidade

A sociedade brasileira possui uma dívida enorme com os negros e mestiços, a qual se acumulou nos séculos de opressão e tratamento desigual. Ante esta dívida, muitas medidas vêm sendo tomadas com o fim de compensar os anos durante os quais esse grupo étnico se viu vitimado. As ações afirmativas não são nada mais que uma espécie de política compensatória, o que se pode afirmar do sistema de quotas, visto que o mesmo integra esse conjunto de medidas de reparação.

Com relação ao sistema de quotas, verifica-se que houve tentativas em instituí-lo. O estado do Rio de Janeiro foi um dos pioneiros desta iniciativa ao criar as Leis estaduais 3.524/2000 e 3.708/2001. Além dessas normas, houve ainda um Projeto de Lei do Senado (PLS 650) que buscou estabelecer quotas para os estudantes de raça negra nas universidades. Em síntese, essas leis previam a reserva de, no mínimo, 50% do total das vagas nas universidades públicas fluminenses para estudantes oriundos de escolas públicas municipais ou estaduais, sendo que, desse percentual, no mínimo, 40% das vagas seriam reservados a candidatos negros ou pardos.

É possível considerar o sistema de quotas como uma tentativa de atender ao ideal de alcance da igualdade de oportunidades por meio da busca de um resultado a longo prazo que culminaria, por exemplo, com a diminuição da desigualdade socioeconômica. Neste sentido, é louvável a iniciativa de tentar compensar aqueles que são o alvo principal de preconceitos e discriminações. Entretanto, há que considerar as especificidades das citadas leis para verificar se as mesmas não se constituem apenas de boa-fé, mas se foram realmente construídas em conformidade com a Constituição Federal de 1988.

Reiterando o que se discorreu até o momento, fica esclarecido que o sistema de quotas integra o conjunto de ações afirmativas. A própria Constituição de 1988 admitiu e inseriu em seu texto algumas ações afirmativas como forma de proteger e compensar as minorias, além de estabelecer o Princípio da Isonomia de forma substancial. Verificando por essa perspectiva poder-se-ia afirmar que, sendo as ações afirmativas constitucionais, reflexamente o sistema de quotas também o seria. Dessa forma, a ADIn³ proposta em face de tais leis deveria ser julgada improcedente e a polêmica deveria ser abafada.

Esse raciocínio é lógico; no entanto, a análise dessa questão não é tão simples de ser feita. O propósito deste estudo é verificar se o sistema de quotas é inconstitucional ou não. Para tanto, serão analisados argumentos que defendem ambas as posições – de inconstitucionalidade e de constitucionalidade.

Num primeiro momento, os defensores da tese de que o sistema de quotas é inconstitucional coadunam com a ideia de que o critério de discriminação utilizado nas leis não é objetivo, uma vez que não existe um método científico capaz de definir quem é negro ou não. Sendo a população brasileira o resultado de uma miscigenação, é plenamente possível que uma pessoa de pele clara seja tão afrodescendente ou negra quanto uma pessoa de pele escura. Rubens Cartaxo Júnior, no ensaio “Sistema de cotas, a melhor política compensatória?”, demonstrou que

(...) uma pesquisa realizada pela Universidade Federal de Minas Gerais “revela que uma pessoa clara de cabelo liso pode ter uma proporção de sangue africano maior que a de alguém com cabelo enrolado e cor escura – porque a aparência é apenas a parte visível da herança genética” (CARTAXO JÚNIOR, 2003, p. 1).

³ ADIn 2.858, interposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN).

A tentativa de resolver esse impasse também é considerada inconstitucional. De acordo com o Decreto do então governador do Rio de Janeiro Anthony Garotinho (decreto n.º 30.766/2002), a identificação da raça do aluno seria feita por meio de declaração firmada pelo próprio candidato. Não existem meios aptos a confirmar ou descaracterizar a declaração feita pelo aluno, portanto, este poderia mentir tendo como objetivo se enquadrar no percentual das quotas. Dessa maneira, não haveria a garantia de que os negros realmente preencheriam as vagas destinadas a eles.

Outro aspecto criticado diz respeito à generalização feita pelo legislador. O sistema de quotas baseado na raça faz pressupor que todo negro é pobre e não tem acesso ao ensino universitário, o que é uma inverdade. Sendo assim, negros pertencentes às camadas superiores da sociedade se beneficiariam com as quotas, embora não façam parte do grupo realmente discriminado.

Segundo Arivaldo Santos de Souza,

na implementação da igualdade racial existe o risco de cometer inconstitucionalidade de duas maneiras (...). A primeira, outorgando benefício legítimo a pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, a declaração de inconstitucionalidade deve se dar caso-a-caso, pois não se pode retirar direitos conferidos legitimamente, e mais, atentar que pessoas são iguais em um aspecto e diferentes em outro, por exemplo, há pessoas iguais em sua condição econômica – pobre – mas distintas no que tange a critérios de diferenciação racial – negros e não-negros – a justificar plenamente, pois, o critério racial de discrimine.

A segunda possibilidade de se cometer inconstitucionalidade é a imposição de uma obrigação, dever, ônus, sanção, ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupo de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis (SOUZA, 2004, p. 1).

Em suma, a tese que defende a inconstitucionalidade do sistema de quotas se pauta, de maneira especial, na ausência do critério objetivo para determinar os reais beneficiários dessa medida e na fragilidade desse sistema, visto que o mesmo é bastante vulnerável no que se refere à possibilidade de fraudes, o que levará irremediavelmente à ineficiência dessa ação.

Por outro lado, existem aqueles que sustentam a teoria de que o sistema de quotas é constitucional. O primeiro argumento trazido por eles já foi mencionado: se as ações afirmativas não são vedadas pela Constituição Federal/88, pelo contrário, algu-

mas estão expressamente admitidas pela Carta Magna, então o sistema de quotas, que é uma espécie de ação afirmativa, não pode ser inconstitucional.

Atesta também a constitucionalidade do sistema de quotas a tese de que dispositivos legais tendentes a concretizar os preceitos estabelecidos na Constituição estão evitados de seu caráter constitucional. O sistema de quotas, dessa forma, não fere a Lei Maior, pois o mesmo almeja a efetivação da igualdade material. Em outros termos, pode-se afirmar que se a lei tem por objetivo tornar plausíveis as disposições da Constituição Federal, ela não poderá ser acusada de inconstitucionalidade.

Outro argumento que legitima o sistema de quotas se refere ao aludido Princípio da Igualdade. Esse princípio, consoante foi afirmado, pressupõe “que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades” (LENZA, 2008, p. 595). Assim, o sistema de quotas possui respaldo constitucional, pois é uma medida que busca a concretização do princípio da igualdade.

Tomando outra vertente nessa análise e considerando a questão dos Direitos Humanos, mais uma vez restará justificado o sistema de quotas e comprovada a sua constitucionalidade. Conforme atesta Arivaldo Santos de Souza,

uma leitura fulcrada nos Direitos Humanos e, mais especificamente, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, permite-nos concluir, definitivamente, a constitucionalidade da política de quotas, pois os tratados internacionais de direitos humanos são fontes do sistema constitucional de proteção dos direitos, mediante uma interpretação sistemática dos parágrafos do artigo 5.º, uma vez que existem tratados assinados e ratificados pelo Brasil prevendo AA, as mesmas gozam de *status* constitucional (SOUZA, 2004, p. 2).

Um último argumento surge como forma de refutar afirmações contrárias ao sistema de quotas. Tais afirmações se fundamentam na ideia de que este tipo de medida, em vez de diminuir o preconceito, em verdade se traduz como uma prática discriminatória que assume dupla identidade: em primeiro lugar, o sistema de quotas discrimina os próprios negros, pois implicitamente afirma sua incapacidade de ocupar as vagas oferecidas pelas universidades tão somente pelo critério meritocrático; em segundo lugar, essa medida seria responsável por uma discriminação inversa, ou seja, outros grupos se veriam prejudicados dentro do processo de seleção para preenchimento das referidas vagas.

Prima facie, o sistema de quotas não induz à ideia de que o negro é inferior ou

incapaz, haja vista essa medida constituir uma iniciativa compensatória. Conforme ficou evidenciado, o negro vem sofrendo discriminações de todas as espécies há séculos. As quotas surgem no sistema legislativo, então, como forma de reparação pelos muitos anos de alijamento da população negra. Arivaldo Santos de Souza comunga dessa idéia, ao afirmar que

a suposta pressuposição de inferioridade funda-se numa compreensão da sociedade desprovida de capacidade de observação e ignorante frente às últimas pesquisas estatísticas e acadêmicas. *As AA não tratam os negros como seres inferiores aos demais grupos étnicos, apenas reconhece o estado de fragilidade engendrado por processos de exclusão racial orientados contra o negro. A subrepresentação dos negros nas várias esferas de reprodução social é que se traduz em vergonhosa situação para a sociedade brasileira (grifo nosso. SOUZA, 2004, p. 1).*

Este sistema também não leva à discriminação inversa, pois pertence aos planos e programas de ação afirmativa, os quais se voltam para a fixação de percentuais mínimos na busca de garantir a presença das minorias nos diversos setores da sociedade. É uma tentativa de se romper com a prática reiterada de discriminação e preconceito partindo da imposição, mesmo que a princípio, da tolerância com aqueles que são diferentes, que possuem peculiaridades as quais geram a referida discriminação.

3. Considerações Finais

Os negros, no Brasil, são vítimas de um fenômeno que, infelizmente, se propagou pelo mundo e que deixou cicatrizes até os dias de hoje. O tratamento desumano, a intolerância, o preconceito, tudo isso contribuiu para a segregação da população afro-descendente e para a produção de sequelas que perdurarão sobre as muitas gerações que ainda hão de nascer. Este é o legado que as sociedades antigas deixaram para as gerações posteriores a elas. Contudo, é também este o modelo que não se deve seguir. Cabe à sociedade contemporânea, portanto, se empenhar na busca pela expurgação dos pecados cometidos contra seus irmãos negros. Essa é a dívida que a todos foi deixada.

A Constituição Federal de 1988 traduz esse espírito do homem contemporâneo de tentar reparar as injustiças causadas contra os negros. A política de quotas reflete esse pensamento. Apesar da resistência por parte de muitas pessoas, as quotas desti-

nadas a negros configuram uma medida rápida e, até certo ponto, eficaz na batalha contra o preconceito racial.

A grande questão que perdura com este estudo é determinar se, não obstante a irrepreensível intenção de compensar a população negra pelos muitos anos de discriminação, o sistema de quotas possui respaldo constitucional que o sustente.

Ante os argumentos expostos, foi possível construir um julgamento sólido frente ao problema levantado. Apesar da controvérsia gerada por este tema, é crível que a medida do sistema de quotas para estudantes negros nas universidades brasileiras reveste-se de constitucionalidade. Não adentrando no mérito de outras medidas que entraram em vigor revogando as leis referentes a essa questão e impedindo assim o julgamento da ADIn 2.858 que determinaria a posição do STF acerca do caráter constitucional ou não do sistema de quotas, reitera-se a propensão à sua constitucionalidade.

Não obstante as diversas críticas e os argumentos contrários, acredita-se que a aceitação das ações afirmativas por parte do legislador constituinte e sua determinação expressa no texto constitucional legitimam o sistema de quotas. Torna-se relevante mencionar que a tendência a aceitar a constitucionalidade desse sistema não é suficiente para vedar os olhos ante as imperfeições das leis estaduais que o instituíram. Além disso, é indubitável que tal medida possui um caráter provisório e deve estar associada a critérios objetivos para que realmente seja eficaz.

Assim, as políticas públicas e privadas, voltadas especificamente para a eliminação das distorções no relacionamento social, devem ser temporárias e, para surtirem o efeito desejado, é necessário que estejam aliadas à implementação de políticas econômicas e sociais, tais como a ampliação da oferta de emprego, a melhor distribuição da renda e a melhoria dos serviços públicos de saúde e educação

O sistema de quotas é, diante da atual conjuntura social, política e econômica de nosso país, o vislumbre de uma possível ruptura no paradigma da hegemonia branca sobre a imensa população que se caracteriza principalmente por seu caráter multirracial e multicultural. Nas palavras de Vieira Júnior, “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descharacteriza”.

Apesar dos argumentos ora apresentados, sabe-se que as discussões que envolvem o sistema de quotas só serão abrandadas a partir do momento em que o STF determinar seu posicionamento diante do tema. O assunto é polêmico, não há dúvida. E apesar de este estudo demonstrar uma tendência a aceitar a constitucionalidade do

sistema de quotas, tem-se apenas argumentos. Embora o STF não tenha determinado sua posição diante do tema quando da apresentação da ADIn 2.858, vislumbra-se, agora, uma possível solução para o referido impasse. No final de 2009, foi proposta pelo DEM a ADPF 186 questionando a constitucionalidade do sistema de quotas adotado pela Universidade de Brasília. O STF decidiu realizar uma audiência pública no ano de 2010 visando à discussão acerca do referido sistema. Cabe aos ministros, então, a partir da análise das argumentações apresentadas na referida audiência, estabelecer seu posicionamento diante desse tema.

Referências

BENTO, Maria Aparecida Silva. Branquitude e poder – a questão das cotas para negros, in: SANTOS, Sales Augusto (org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005, 400p. (Coleção Educação para Todos).

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: Promulgada em 05 de outubro de 1988. 18. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Rio de Janeiro. Decreto n.º 30766, de 04 de março de 2001. Disciplina o sistema de cotas para negros e pardos no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense, e dá outras providências. Disponível em: <<http://femprj.org.br/legislacao/intdif/30/66.htm>>. Acesso em: 15 de agosto de 2008.

BRASIL. Rio de Janeiro. Lei n.º 3524, de 28 de dezembro de 2000. Dispõe sobre os critérios de seleção e admissão de estudantes da rede pública estadual de ensino em universidades públicas estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/wwwinter.nsf/pages/links>>. Acesso em: 15 de agosto de 2008.

BRASIL. Rio de Janeiro. Lei n.º 3708, de 09 de novembro de 2001. Institui cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense, e dá outras providências. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/wwwinter.nsf/pages/links>>. Acesso em: 15 de agosto de 2008.

CARTAXO JUNIOR, Rubens. Sistema de cotas, a melhor política compensatória? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3973> Acesso em: 24 de julho de 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro, in: SANTOS, Sales Augusto (org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005, 400p. (Coleção Educação para Todos).

JACCOUD, Luciana e THEODORO, Mário. Raça e educação: os limites das políticas universalistas, in: SANTOS, Sales Augusto (org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005, 400p. (Coleção Educação para Todos).

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 12 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSSI, Júlio César. Ações afirmativas e o sistema de cotas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 870, 20 nov. 2005.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7611>>. Acesso em: 15 de abril de 2008.

SILVA, José Afonso da. *Manual de Direito Constitucional Positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ADIN contra a lei de quotas para negros no vestibular: intervenção de entidades afro-brasileiras como “amicus curiae”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=572>>. Acesso em: 23 de abril de 2008.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. Sobre a implementação de cotas e outras ações afirmativas para os afro-brasileiros. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3823>>. Acesso em: 24 de julho de 2008.

SOUZA, Arivaldo Santos de. A constitucionalidade da política de quotas para negros nas universidades. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 268, 1 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5027>>. Acesso em: 23 de abril de 2008.

SOUZA, Paulo Antônio de. *As ações afirmativas perante a Constituição Federal*. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2006. (Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Internacional Econômico).

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge A. Rumo ao multiculturalismo: a adoção compulsória de ações afirmativas pelo Estado brasileiro como reparação dos danos atuais sofridos pela população negra, in: SANTOS, Sales Augusto (org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005, 400p. (Coleção Educação para Todos).

Internacionalização da Amazônia brasileira: uma questão de soberania?

Internationalization of the Amazon: a matter of sovereignty?

Maria Lúcia Correa Braga

9.º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM)

e-mail: mlucia.direito@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho possui o escopo de evidenciar a importância mundial de um meio ambiente saudável, conjuntamente com o desenvolvimento sustentável. Tentando demonstrar os aspectos históricos e atuais da corrida mundial em busca das escassas riquezas naturais, e dentro deste contexto predominantemente interesseiro, e que procura se respaldar supostamente no senso humanitário de preservação, o trabalho pretende também analisar como a biodiversidade inefável da Amazônia Brasileira fascina a comunidade estrangeira, com destaque aos grandes pólos industriais, entre eles a indústria farmacêutica, não deixando de ressaltar a biopirataria, ao ponto de quererem instalar uma gestão internacional sobre o território interferindo na soberania do Brasil, entre outros aspectos. Explanando as abissais diferenças da região, as “ações” políticas referentes a Amazônia Brasileira, no contexto nacional e internacional e suas conseqüências, salientando as possibilidades necessárias de intervenção da sociedade nacional na proteção do meio ambiente, diante da imprescindível consciência e atuação do povo brasileiro no que se refere à proteção e preservação do patrimônio ambiental e humano do Brasil, tentamos neste trabalho, de maneira sucinta, esclarecer os aspectos econômicos, sociais, políticos, e jurídicos que envolvem o tema.

Palavras-chave: Biodiversidade. Internacionalização. Amazônia. Soberania.

Abstract: The present paper aims at evidencing the world-wide importance of a healthful environment, along with the maintainable development. By trying to show the historical and present facts of the world search for scarce natural resources, and inside a context of interests which is falsely supported by a humanitarian sense of preservation, the work also intends to analyze how the ineffable biodiversity of Brazilian Amazon fascinates the foreign community, especially the industrial field, among them the pharmaceutical industry, not to mention the biopiracy, which leads the foreigners to intend an international management of the territory, interfering in Brazilian sovereignty, among other aspects. Explaining the great differences of the region, the political “actions” referring to Brazilian Amazon, in national and international context and their consequences, emphasizing the necessary possibilities of intervention of the national society in the protection of environment, before the conscience and actuation of Brazilian people in what refers to protection and preservation of environmental and human patrimony of Brazil, we tried in this work to briefly clarify the economical, social, political and juridical aspects that involve the matter.

Keywords: Biodiversity. Internationalization. Amazon. Sovereignty.

1. Introdução

Depois disso, vi quatro Anjos que se conservavam em pé nos quatro cantos da terra (...). Vi ainda outro anjo subir (...) e pôs-se a clamar com voz retumbante aos quatro Anjos, aos quais fora dado danificar a terra e o mar, dizendo: 'Não danifiquéis a terra, nem o mar, nem as árvores, até que tenhamos assinalado os servos de nosso Deus em suas fronteiras. (*Bíblia Sagrada, Apocalipse, Cap. 7, vers. 1, 2, e 3*).

A inferência de que a sobrevivência do planeta Terra depende do desenvolvimento sustentável excede os limites e padrões religiosos, políticos, humanos, éticos e econômicos. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é garantia constitucional, e a necessidade da sua efetivação é garantir a preservação de todas as espécies naturais e a sobrevivência humana no mundo.

O homem tem feito dos recursos naturais produtos de comércio e forma de enriquecimento a qualquer custo. Explora o meio natural e tenta dominar a maior quantidade de fontes de matéria-prima, sem se preocupar de forma efetiva com a integridade ambiental. Não raro, busca esses recursos para além dos limites territoriais de suas fronteiras, conseqüentemente esbarrando e agredindo os direitos soberanos de outros Estados.

O direito à soberania¹ de um Estado² sobre o seu território é um princípio tradicional, se não fundamental, do direito internacional. Essa soberania se estende aos limites das fronteiras geográficas das nações. Esse direito é qualificado, por exemplo, por um dever comum do Estado de não prejudicar os interesses, incluindo o meio ambiente, de outro Estado. A doutrina tem pregado a necessidade de repensar os contornos da soberania estatal, ressaltando o fato de o Direito Internacional se originar de uma sociedade descentralizada e do fenômeno da globalização. Há quem pague até mesmo a prevalência do Direito Internacional sobre o Direito Interno.

Assevera Dalmo de Abreu Dallari (1991, p. 118) que:

O Estado é a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos

¹ Soberania é o poder peculiar ao Estado, expressamente assegurada na CRFB/88 em seu art. 1.º, inciso I. Evidencia a supremacia sobre o seu território e os indivíduos que o compõe; e independência dos demais Estados.

² Quanto aos elementos integrantes do Estado, Pedro Lenza (2008, p. 30), afirma que "a Constituição deve trazer em si os *elementos integrantes* (*componentes ou constitutivos*) do Estado, quais sejam: soberania, finalidade, povo, território".

que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território.

Mas, mesmo diante de tal conceito e entre princípios como o de autodeterminação dos povos, os países que ainda possuem grandes áreas naturais, tais como reservas e florestas, são motivos de cobiça e murmúrio internacional.

A Amazônia brasileira é uma dessas áreas mundialmente cobiçadas, pois é uma das mais importantes e fascinantes florestas mundiais. É a mais rica em biodiversidade e de interesse mundial. A proteção da Amazônia faz com que a soberania brasileira e o interesse da humanidade muitas vezes entrem em desacordo.

Desde antes da independência do Brasil, companhias estrangeiras, predominantemente vindas dos Estados Unidos e da Europa, exploraram os recursos naturais do país, e ainda hoje, se teme que a Amazônia brasileira seja mais um novo “Eldorado³”. A “Internacionalização da Amazônia” é um conceito que reflete o receio, entre os brasileiros, de que a comunidade internacional venha a invadir ou, de outra maneira, interferir diretamente na Amazônia.

Dentro deste contexto, este trabalho pretende examinar a interação dos dois princípios mais conflitantes no debate acerca da Amazônia: a soberania brasileira e o interesse comum da humanidade.

2. Atualidade e os interesses da comunidade alienígena⁴ na internacionalização da Floresta Amazônica brasileira

A exploração irracional dos recursos naturais coloca a humanidade diante de um apocalipse real, a profecia bíblica parece estar prestes a se realizar pelas mãos “humanas”. Catástrofes causadas pelo aquecimento global, que eram esperadas para daqui a trinta ou cinquenta anos, já começaram: aumento na temperatura, degelo nas zonas glaciais, aumento do nível do mar, desertificação, seca prolongada, furacões, ciclones atípicos no Brasil, são algumas mudanças provocadas pelo desmatamento, pela emis-

³ Eldorado era o país imaginário que se dizia existir na América meridional, lugar cheio de delícias e riquezas, que aguçava os aventureiros e exploradores.

⁴ O mesmo que comunidade internacional, estrangeira, de outro país.

são de gases altamente prejudiciais. Queimadas, poluição e contaminação bombardeiam o frágil equilíbrio das quatro esferas geográficas⁵, acelerando a destruição da Terra.

O meio ambiente, conforme entendimento do STF, por meio do voto do rel. Min. Celso de Melo (2002 *apud* MACHADO, 2008), pode ser assim conceituado:

(...) um típico direito de terceira geração⁶ que assiste de modo subjetivamente indeterminado, a todo gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações.

Diversas conferências e encontros mundiais sobre o meio ambiente, como a Rio 92, entre outras, deixaram claro que os recursos naturais são finitos, limitados e que a natureza funciona dentro de um sistema interdependente, que precisa de cuidados para manter seu equilíbrio natural e garantir a vida sobre a Terra. A atual situação gritante impossibilita que se postergue o problema de identificação de credores e devedores inerentes aos direitos de terceira geração.

A Declaração Rio de Janeiro/92 ratificou o posicionamento de que a destruição ambiental põe em risco a própria vida humana, ao colocar em seu princípio 1: “Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável”.

O desenvolvimento econômico e político compatível com a preservação ambiental tornaram-se necessidade vital para o planeta Terra. Mesmo assim, os recursos ambientais ainda existentes são motivos de conflitantes interesses políticos e econômicos, como ocorre com a Floresta Amazônica. A Floresta Amazônica é uma vastíssima região de aproximadamente 6,5 milhões de quilômetros quadrados que abriga a maior reserva de biodiversidade do planeta, a maior bacia hidrográfica potável do mundo e um enorme potencial econômico. Abrange 9 países: Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Venezuela, sendo que cerca de 4,2 milhões de Km² da Amazônia estão localizados no Brasil. A Amazônia brasileira é considerada

⁵ As esferas geográficas são a atmosfera, litosfera, hidrosfera e biosfera.

⁶ “Os direitos de *terceira geração* consagram os princípios da solidariedade e da fraternidade. São atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa. São exemplos os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...]”. (ALEXANDRINO, 2008, p. 94).

o maior patrimônio biológico do mundo, abrigando a mais exuberante e maior biodiversidade do planeta. Inclui mais de 1,5 milhões de espécies vegetais catalogadas.

Os rios amazônicos brasileiros têm o maior volume de água doce potável do mundo; vivem três mil espécies de peixes descritas; 950 tipos de pássaros; e ainda insetos, répteis, anfíbios e mamíferos. “Outra questão peculiar da Amazônia são os povos da floresta, cujas reservas e cultura é preciso respeitar” (MILARÉ, 2007, p. 627). As reservas indígenas envolvem mais de 200 diferentes etnias e ocupam, aproximadamente, 25% da área desta região.

Mesmo diante de tanta riqueza catalogada, acreditam os cientistas muito mais existir. Até mesmo a cura da Aids, do câncer e de tantas outras doenças podem estar na imensidão da Floresta Amazônica, curas essas desconhecidas pelo desinteresse e pelos investimentos insuficientes dos brasileiros, necessários para adentrar na extensa região, pesquisar e cadastrar seus recursos entre os mais eficazes do mundo.

No Brasil, o governo, com base em análises estruturais e conjunturais, reunindo regiões de idênticos problemas econômicos, políticos e sociais, com o intuito de melhor planejar o desenvolvimento social e econômico da região amazônica, instituiu o conceito de Amazônia Legal⁷. A Amazônia Legal abrange 60% do território nacional e, além de Floresta Amazônica, apresenta também fragmentos de cerrado e várzeas.

A Floresta Amazônica, com seu bioma cheio de riquezas, tem despertado muito interesse político e econômico na comunidade internacional. As elites europeias e norte-americanas veem a territorialidade da Amazônia como um privilégio, que querem para si. O interesse pela Floresta Amazônica é antigo. De estudiosos a aventureiros, ninguém fica indiferente quando o assunto é Amazônia. Da grande discussão em torno da preservação dos recursos naturais, no qual a região tem um papel fundamental, não ficam de fora as chamadas grandes potências. Os gigantes da economia voltam suas atenções para a região, cuja biodiversidade lhe garantiu o título de “pulmão do mundo”.

Sobre a complexidade e a polêmica da utilização da biodiversidade, Paulo de Bessa Antunes MARIA LÚCIA CORREA BRAGA (2005, p. 431):

O acesso aos benefícios decorrentes da utilização da biodiversidade é uma das questões mais complexas em diversos setores da vida internacional, pois acreditam alguns que

⁷ Nove estados brasileiros estão incluídos nessa área: Acre, Amazonas, Pará, Roraima, Amapá, Rondônia, Tocantins, Mato Grosso e Maranhão (parte ocidental).

da utilização de recursos genéticos existentes em plantas e animais será possível a geração de novas riquezas capazes de beneficiar os detentores de tais recursos.

Tentando se respaldar na justificativa de investir na preservação da Amazônia como patrimônio da humanidade, há aqueles países desenvolvidos que querem internacionalizá-la, para usufruírem de maneira livre dos seus recursos naturais, para dizerem ao mundo que não são os maiores causadores dos impactos ambientais da industrialização, inclusive por serem os responsáveis pela maior parte das emissões de gases que provocam o efeito estufa⁸, ou que não se enriquecem com a biopirataria, ou ainda que preservam o verde porque são desenvolvidos.

O interesse internacional na região amazônica ronda e ameaça a fronteira brasileira de forma expressiva. A comunidade internacional não esconde seu interesse em invadir, se necessário por meio da força, as áreas estrangeiras com ambientes naturais, em especial o “Brasil da Amazônia”.

Bruno Giovany de Miranda Rosas (2009, p. 02), cita relatos de alguns dirigentes internacionais, com relação à Amazônia brasileira. Al Gore, vice-presidente dos EUA, em 1989: “Ao contrário do que os brasileiros pensam, a Amazônia não é deles, mas de todos nós”. François Mitterant, presidente da França, em 1989: “O Brasil precisa aceitar uma soberania relativa sobre a Amazônia”. John Major, primeiro ministro britânico, em 1992:

As nações desenvolvidas devem estender o domínio da lei ao que é comum de todos no mundo. As campanhas ecológicas internacionais sobre a região amazônica estão deixando a fase propagandista para dar início a uma fase operativa que pode, definitivamente, ensejar intervenções militares diretas sobre a região.

Mikhail Gorbachov, presidente da ex-URSS, em 1992: “O Brasil deve delegar parte de seus direitos sobre a Amazônia aos organismos internacionais competentes”. O General Patrick Hughes, do exército dos EUA, em 1998: “Caso o Brasil resolva fazer uso da Amazônia que ponha em risco o meio ambiente dos EUA, temos de estar prontos para interromper esse processo imediatamente”. Pascal Lamy, presidente da OMC, em 2005: “A Amazônia e as outras florestas tropicais do planeta deveriam ser considerados bens públicos mundiais e submetidos à gestão coletiva, ou seja, gestão da comunidade internacional”. “Em maio de 2008, o jornal *The New York Times* abordou o tema

⁸ Efeito que causa o superaquecimento da Terra.

no artigo *'Whose rain forest is this, anyway?'* (*'De quem é a Amazônia, afinal?'*)" (ARAIA, 2009, p. 29).

Na Amazônia, há uma suspeita generalizada de que organizações estrangeiras, disfarçadas de ONGs, têm dominado o território e a cultura das áreas indígenas, uma vez que coincidem com as áreas mais ricas em recursos naturais da Amazônia. Como pôde relatar, em 2004, o discurso do secretário de Segurança de Roraima, Francisco Sá Cavalcante: "Com gráficos e slides, os militares mostraram que as áreas indígenas coincidem com jazidas de diamantes e nascentes de água potável" (DAMIANI, 2004, p. 36).

Durante a Guerra Fria, organizações militares de alguns países chegaram a financiar pesquisas com o propósito de a Amazônia se tornar um eventual refúgio, caso ocorresse uma guerra nuclear. A ideia de a Amazônia ser um "abrigo radioativo tropical" para o mundo representou os primeiros passos favoráveis à sua gradual internacionalização. Na década de 70, o movimento alcançou velocidade máxima devido às descobertas científicas sobre o aquecimento global e a importância da biodiversidade. De repente, a Amazônia era vista como "os pulmões da Terra" e o refúgio natural do globo para a biodiversidade.

3. "Viabilidade" da internacionalização

A Amazônia brasileira é vítima da degradação humana pela ambição e/ou pelo descaso. Assim como muitas outras florestas do mundo, tem sido alcançada pela fúria do desenvolvimento econômico. Essa região brasileira se tornou assunto da mídia nacional e internacional. As catástrofes e as belezas inimagináveis da Floresta são o foco de reportagens especiais, por vezes informativas e, por outras, especulativas. A região amazônica tem encantado e sua realidade degradante entristecido os brasileiros preocupados e conscientes da sua importância.

Convivem na região, de um lado, a sua diversidade biológica, riquezas naturais e a desenvolvida Zona Franca de Manaus⁹; de outro, o desmatamento, as queimadas, as termelétricas emitindo poluentes, a pobreza e a marginalização da população amazônica de baixa renda e sem infra-estrutura, entre outras atrocidades, como relata o repórter Leonardo Coutinho (2009, p. 33):

⁹ Polo industrial com eficiência tecnológica, localizado no Amazonas.

Na Amazônia a lei é a da selva. Faltam Justiça e polícia, e os crimes são castigados em proporção ainda menor do que no resto do Brasil. O banditismo e a impunidade germinam sobre um caos fundiário sem paralelo no país. Apenas 4% das propriedades rurais da região estão legalizadas. Posseiros e grileiros controlam uma área equivalente a 18% do território nacional. [...] Como quase ninguém é dono do lugar onde vive, as disputas pelo solo costumam envolver tiroteios. [...] Os crimes ambientais não chegam aos tribunais, porque não se sabe quem são os donos das áreas devastadas. Pelo mesmo motivo, não se pagam impostos e o trabalho escravo alastrou-se pela região. Na floresta, a impunidade estimula o tráfico de drogas, causando danos em outras regiões. Setenta por cento da cocaína que circula no Brasil ingressa no país pelas abandonadas fronteiras com a Colômbia, a Bolívia e o Peru.

A região amazônica tem um grande potencial econômico que vem sendo sistematicamente desprezado pelos empresários e pelo governo brasileiro. Nessa região silvestre, que é a maior e uma das mais belas do mundo, os hotéis são ruins e escassos, o turismo é uma atividade marginal, menos importante que a extração predatória de madeira, e as atividades capazes de preservar a mata e gerar renda, como a caça e a pesca esportiva, são inexistentes. As reservas minerais da região são enormes e poderiam ser exploradas sem que se arrasasse a terra, com o uso de tecnologias modernas de mineração, mas é o garimpo desorganizado e poluidor que predomina. A pesca comercial está sendo prejudicada pelo desmatamento das várzeas.

Os problemas presentes na Amazônia são usados como forte argumento para os que, além fronteiras, tentam persuadir o Brasil a aquiescer ou mesmo a subordinar a Amazônia brasileira a uma gestão internacional.

O conceito de fronteiras e soberania estatal atualmente passou por uma série de transformações que envolvem tanto sua aplicação político-social, como econômica, e que, conseqüentemente, no decorrer da história, foram sofrendo adaptações ao contexto e à época vigente. Diante da ascensão do campo do Direito Internacional, dos Direitos Humanos no pós Segunda Guerra, precipita a ideia de existir a necessidade da relativização do conceito do princípio da soberania clássico, uma vez que o homem estaria a exercer direitos, como sujeito de Direito Internacional.

Interligando a essa relativização da soberania, assevera Guido Fernando Silva Soares (2004, p.310) que o campo dos espaços internacionais comuns ainda é muito novo no Direito Internacional. E ainda, não deixa de ressaltar o que se vislumbra:

(...) a ponto de declarar tais espaços, conjuntamente com seus recursos, como constitutivos do “patrimônio comum da humanidade”, que deverão ser gerenciados por uma Autoridade Internacional (...), com vista em seu aproveitamento em benefício da humanidade (e já se pode vislumbrar a oposição daqueles Estados que usufruem de condições econômicas para tais aventuras, mas que são relutantes em compartilhar com outros Estados seu avanço tecnológico ou suas possibilidades financeiras) (SOARES, 2004, p. 307-308)

Os esforços para manter o controle de seus recursos naturais e a soberania política sobre seu território conflitam diretamente com o movimento para liberalizar comércio e investimentos para internacionalizar a “proteção” ao meio ambiente, arrecadando fundos e investimentos internacionais.

São muitas as discussões sobre a necessidade de se internacionalizar a Amazônia para salvá-la: a comunidade internacional alega tratar-se de um patrimônio da humanidade e por isso a necessidade de torná-la de todos, sob gestão internacional. A preocupação com a saúde da natureza amazônica é colocada “em xeque” ou “em cheque¹⁰”.

Esses “espaços internacionais comuns” sempre existiram na Geografia Física, mas somente passaram a interessar à política internacional à medida que se constituíram em espaços militarmente estratégicos, ao mesmo tempo em que a atividade humana de ocupação ou de aproveitamento de seus recursos passou a ter relevância no âmbito internacional. O interesse internacional na exploração econômica e política da região amazônica tenta se acobertar no bom e preocupado senso humanitário de preservação da Amazônia brasileira, dita vítima do país em desenvolvimento e sem recursos financeiros.

Durante debate em universidade nos Estados Unidos, o ex-governador do Distrito Federal, Cristovam Buarque (s.d, *apud* BAILÃO, 2001), foi questionado sobre o que pensava da internacionalização da Amazônia, e com sapiência, expressou:

Se a Amazônia, sob uma ótica humanista, deve ser internacionalizada, internacionalizemos também as reservas de petróleo do mundo inteiro. O petróleo é tão importante para o bem estar da humanidade quanto a Amazônia para o nosso futuro.

Apesar disso, os donos das reservas sentem-se no direito de aumentar ou diminuir a ex-

¹⁰ A palavra “xeque” significa em perigo, atacada... Já a palavra “**cheque**” se refere a uma ordem de pagamento ao portador, é atribuir valor econômico...

tração de petróleo e subir ou não o preço. Da mesma forma, o capital financeiro dos países ricos deveria ser internacionalizado.

(...) Não podemos deixar que as reservas financeiras sirvam para queimar países inteiros na volúpia da especulação. Antes mesmo da Amazônia, eu gostaria de ver a internacionalização de todos os grandes museus do mundo. O Louvre não deve pertencer apenas à França.

(...) Se os EUA querem internacionalizar a Amazônia, pelo risco de deixá-la nas mãos de brasileiros, internacionalizemos todos os arsenais nucleares dos EUA. Até porque eles já demonstraram que são capazes de usar essas armas, provocando uma destruição milhares de vezes maior do que as lamentáveis queimadas feitas na floresta do Brasil.

(...) Como humanista, aceito defender a internacionalização do mundo.

Mas, enquanto o mundo me tratar como brasileiro, lutarei para que a Amazônia seja nossa. Só nossa.

As riquezas naturais da Amazônia seriam capazes de movimentar e acelerar a economia mundial da maneira mais extraordinária que se possa imaginar. Se exploradas de maneira racional, então, seria garantir a sobrevivência mundial de maneira saudável a perder de vista. Henry Kissinger, secretário de Estado dos EUA, em 1994:

Os países industrializados não poderão viver da maneira como existiram até hoje se não tiverem à sua disposição os recursos naturais não-renováveis do planeta. Terão que montar um sistema de pressões e constrangimentos garantidores da consecução de seus intentos.

O repórter Leandro Beguoci (2009, p. 76):

A maior coleção de plantas amazônicas está no Jardim Botânico de Nova York. Para saber se uma espécie é nova ou não, é útil recorrer aos americanos. Os projetos de mapeamento de biodiversidade da Amazônia, hoje, têm participação de cientistas e organizações de outros países.

Além disso, a incipiente repressão penal brasileira, o potencial biológico e a tentativa de localizá-lo e adquiri-lo incentivam a biopirataria¹¹:

¹¹ A biopirataria pode ser conceituada como a exploração, manipulação, exportação de recursos biológicos, com fins comerciais, em contrariedade às normas da Convenção sobre Diversidade Biológica.

Falta, sem dúvida, instrumento de repressão penal. O biopirata fica sujeito, na falta de tipificação penal congruente, ao art. 29 da Lei 9.605/98 (apanhar espécimes da fauna silvestre – detenção de seis meses a um ano), ou seja, não é preso em flagrante. Lavra-se o termo circunstanciado e, após algumas horas, o estrangeiro está liberado (GOMES, 2009, p. 10).

A lei brasileira tem sido muito branda com os crimes, inclusive os ambientais. Outros problemas podem ser acrescentados: grande parte da cocaína produzida no mundo está dentro dos limites da Amazônia brasileira. Na Colômbia, o tráfico de drogas está financiando a guerra civil ao longo da fronteira brasileira.

Entre a dúvida do interesse mundial na internacionalização e a ameaça à soberania brasileira, mais vale lutar pelo que de fato é necessário: a preservação ambiental coadunada com uma legislação rígida e eficaz e com o desenvolvimento econômico e sustentável do Brasil, sem dispor dos direitos soberanos.

A questão ambiental emerge, portanto, no terreno político-econômico e da própria concepção de vida do homem sobre a terra.

Destarte, toda política ambiental deve procurar equilibrar e compatibilizar as necessidades de industrialização e desenvolvimento com as de proteção, restauração e melhora do ambiente.

Trata-se, na verdade, de optar por um desenvolvimento econômico qualitativo, único, capaz de propiciar uma real elevação da qualidade de vida e bem estar social. Isso vale dizer: desenvolvimento sustentável, como desenvolvimento racional do ponto de vista ecológico (utilização racional e equilibrada dos recursos naturais), acompanhado de uma gestão judiciosa do meio (PRADO, 2005, p. 65).

Caso ocorra a gestão internacional sobre a Amazônia brasileira, as elites científicas americanas e europeias e a poderosa indústria farmacêutica, não mais precisariam esconder as plantas e animais amazônicos em tubos de canos ou se revestirem atrás de falsas ONGs, porque estariam liberadas para explorar a Amazônia e dilapidá-la. Além disso, o Brasil seria taxado de país de soberania frágil, o que poderia aguçar a invasão por outros países, de pesquisadores desconhecidos ou “incompetentes” que só serviram para direcionar as descobertas para serem patenteadas lá fora.

4. Aspectos jurídicos e reações à Internacionalização da Amazônia

No que se refere à possibilidade de compartilhar a gestão da Amazônia, Soares (2004, p. 132) salienta:

*A Constituição de 1988 reconstruiu o conceito de soberania*¹², afirmando o *paradigma Estado democrático de direito com os seus princípios*:

- a) o da soberania popular – ao considerar o povo origem de todo seu poder, sendo ainda responsável pelo seu exercício mediante representantes eleitos diretamente, caracterizando-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1.º);
- b) *o da independência nacional* – norteador de suas relações internacionais (artigo 4.º);
- c) *o da soberania nacional* – marco ideológico de sua ordem econômica.

Coadunando com este previsto na Carta Magna brasileira, tanto a declaração de Estocolmo quanto a declaração do Rio de Janeiro atestam que o princípio da soberania aplica-se ao direito do Estado de desenvolver seus recursos naturais.

O desenvolvimento das nações é parte da busca por um lugar na nova ordem econômica internacional (NOEI) o que dará a elas mais vantagens ao negociar com países desenvolvidos. A questão da internacionalização da Amazônia afronta o domínio soberano que está assegurado ao Brasil sobre a Floresta Amazônica brasileira, de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Artigo 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*.

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

Fiorollo e Rodrigues (1996, p. 44), ao comentarem este artigo, assim discorrem:

Entretanto, queremos dizer que ao se afirmar que o meio ambiente é (uma afirmação peremptória) *direito* de todos, significa que como tal este bem jurídico deve ser tratado. Assim, por ordem da própria Constituição, que o elevou à condição de um direito de

¹² “A soberania não precisava ser mencionada, porque ela é fundamento do próprio conceito de Estado” (SILVA, 2008, p. 104).

todos, temos que, em decorrência do princípio constitucional do direito de ação, previsto no art. 5.º, XXXV, a todos pertence o direito de buscar ao Judiciário a proteção deste direito contra lesão ou ameaça.

Naquilo que diz respeito ao meio ambiente e à sua proteção jurídica, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma imensa novidade em relação àquelas que a antecederam. Antes dela, as referências legais aos recursos ambientais eram feitas de maneira não sistemática, sendo os mesmos considerados, principalmente, como recursos econômicos.

Reis (2008, p. 32), considerando a atual posição do meio ambiente consolidada na Legislação Ambiental Brasileira, eleva o equilíbrio ecológico a requisito indispensável para o direito à vida, elevando-o a caráter de direito fundamental. Dessa forma, possui proteção jurídica conferida através das cláusulas pétreas estabelecidas constitucionalmente no art. 60, IV, da CRFB/88, fruindo da “inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade”, conforma salienta Liberato (2003 *apud* REIS, 2008).

A Constituição Federal de 1988 deu um grande impulso ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário na defesa do meio ambiente e da qualidade de vida. Isto ocorreu em razão da existência de um capítulo próprio sobre o meio ambiente, pela ampliação das hipóteses de cabimento da ação civil pública e, mais especificamente, pela ampliação do papel do Ministério Público. Além disso, ao longo de diversos artigos, trata das obrigações da sociedade e do Estado brasileiro para com o meio ambiente.

Hack (2008, p. 57) analisa “[...] as principais ações de tutela coletiva do meio ambiente prevista no nosso direito. Ela pode se dar via: ação civil pública (Lei 7.347/85), ação popular (art. 5.º, LXXIII, da CF/88) e mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXIX e LXX, da CF/88)”.

Os diplomas legais mais importantes para que o cidadão possa exercer o controle da correta aplicação das leis de proteção ambiental são a ação popular¹³ e a ação civil pública. Estas duas ações judiciais, especialmente a ação civil pública, têm possibilitado que o povo questione as autoridades perante uma Corte de justiça.

Machado (2008, p. 748) ressalta:

¹³ De acordo com o artigo 5.º, LXXIII, da CRFB/88, visando a anular ato lesivo ao meio ambiente, qualquer cidadão pode propor a ação popular.

Nos parágrafos do artigo 225, da CRFB/88, equilibra-se o antropocentrismo com o biocentrismo nos §§4.º, 5.º e nos incis. I, II, III e VII do §1.º, havendo a preocupação de harmonizar e integrar seres humanos e biota.

(...) O Poder Público passa a figurar não como proprietário de bens ambientais – das águas e da fauna – mas como um gestor ou gerente, que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão. A aceitação dessa concepção jurídica vai conduzir o Poder Público a melhor informar, a alargar a participação da sociedade civil na gestão dos bens ambientais e a ter de prestar contas sobre a utilização dos bens “de uso comum do povo”, concretizando um Estado democrático e ecológico de direito (arts. 1.º, 170 e 225).

A história política brasileira com relação à Amazônia sempre foi marcada pelo receio de se perder o território para as elites econômicas internacionais. De início, a região era vista como uma imensidão de terras, “um inferno verde” de algum valor econômico e que deveria ter as fronteiras protegidas para, caso houvesse uma invasão internacional, o Brasil não tivesse seu território desfalcado.

Em 1953, Getúlio Vargas criou a Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia, com a finalidade de promover o desenvolvimento da produção agropecuária e a integração da Região à economia nacional, como mera precaução de não perder o território.

A história agora é outra. Os erros cometidos no passado, com a instauração de povoamento e exploração inadequada, têm condenado a Amazônia à destruição. Os olhos mundiais a veem como uma “tábua da salvação” numa possível destruição mundial, por falta de recursos naturais e pelos efeitos catastróficos da ira da natureza degradada. Enquanto isso, falta uma ativa e consistente legislação e uma política brasileira na administração e proteção deste rico e diversificado bioma, pois as ações já existentes são insuficientes.

Em consequência, o interesse mundial pela região tem soado como um alerta de risco de alienação ao Brasil, que respondeu aos temores de uma invasão internacional, desenvolvendo desordenadamente e militarizando a área. Enquanto o governo pretende asfaltar as três maiores estradas da Amazônia, reativando rodovias¹⁴ esquecidas na imensidão da floresta, há que se destacar que isso poderá facilitar a devastação do verde, diante da ausência de planejamento prévio e eficiente para fiscalizá-las.

As forças armadas brasileiras tentam manobrar a imensidão da região amazôni-

¹⁴ As rodovias são a Transamazônica, Cuiabá-Santarém e a BR-319.

ca, a falta de recursos e a dificuldade de locomoção para impedir que contrabandistas, narcotraficantes, garimpeiros, grileiros e ONGs disfarçadas que ameaçam a fronteira invadam e destroam a Amazônia. Tudo na Amazônia é gigante e o documento que o mundo espera é o mapa da “Amazônia perdida” (informação verbal).¹⁵

O Brasil tentou adotar um modelo semelhante ao da Costa Rica para explorar sua diversidade biológica: estabeleceu o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia (BioAmazônia), que é uma sociedade civil sem fins lucrativos. A BioAmazônia foi qualificada, por decreto presidencial, como organização social com o objetivo de colaborar com a implementação do Programa Brasileiro de Ecologia Molecular para uso sustentável da Biodiversidade da Amazônia – PROBEM/ Amazônia, entre outros.

Porém a falta de recursos suficientes, a capacitação e a corrupção têm dificultado e quase impossibilitado a efetividade do projetado. Em contrapartida o governo brasileiro tem assinado acordos, tratados¹⁶ internacionais e aceitado investimentos que condenam a segurança territorial brasileira:

Imagine uma estrutura metálica com aproximadamente 300 metros de altura, semelhante à Torre Eiffel, um dos cartões-postais mais famosos de Paris, na França. Agora pense nesta mesma estrutura, instalada em plena Floresta Amazônica, no Brasil. Se depender do Programa de Grande Escala da Biosfera-Atmosfera (LBA), a façanha vai virar realidade até o fim do ano que vem, por meio do projeto Observatório Amazônico de Torre Alta (Amazon Tall Tower Observatory-ATTO), uma parceria firmada entre os governos brasileiro e alemão. A iniciativa vai possibilitar a captação de informações a pelo menos mil quilômetros de distância, essenciais para que pesquisadores de ambos os países entendam melhor o papel do ecossistema amazônico tropical, diante das atuais condições climáticas do planeta (CABRAL, 2009, p. 18).

Outro acordo recente e preocupante é aquele firmado entre a BioAmazônia e a *Novartis Pharma*, uma empresa suíça que acaba de comprar o direito de exploração da biodiversidade amazônica. Pelo acordo, a *Novartis* terá direito exclusivo para pesquisar, criar e patentear produtos provenientes de microorganismos, fungos e plantas amazônicas (OTERO, 2009, p. 3).

¹⁵ Notícia fornecida pelo programa *Globo Repórter*, da emissora Rede Globo, em 24 de julho de 2009.

¹⁶ Tratados são acordos formais, contratos internacionais, realizados entre sujeitos de Direito Internacional público destinados a produzir efeitos jurídicos.

Foi criado o fundo internacional para, teoricamente, financiar a proteção da Amazônia, onde países ditos interessados na sua conservação efetivaram depósitos vultosos a fim de investir na suposta preservação da região. Acerca do assunto, veja-se manifestação que o Min. Celso de Melo (2001 *apud* MIGUEL, 2006), no julgamento do pedido de liminar na ADIn 1.480-3-DF, relatou:

Subordinação normativa dos tratados internacionais à Constituição da República. No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terá os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

Entre outras ações já citadas, na política de âmbito interno, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva homologou e demarcou a área de 1.747.464 hectares como Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. A área abriga 194 comunidades com uma população de cerca de 19 mil índios. Logo após a edição da documentação e do decreto presidencial homologando a reserva, começaram a tramitar diversas ações na Justiça, contestando a demarcação. A desocupação por não-índios e a destinação exclusiva para as comunidades indígenas foi decidida em 19 de março de 2009 pelo plenário do STF, mesmo diante dos argumentos de que a área é fronteira e a entrega para os índios revelaria risco para a segurança nacional (2009, p. 1).

Houve rumores de que se teria a instauração de uma CPI da Amazônia para investigar o conflito referente à demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol¹⁷; os problemas envolvendo a soberania nacional nas áreas de fronteira, como tráfico internacional, terrorismo, guerrilhas e vigilância; o recrudescimento da aquisição de terras por parte de estrangeiros e o desmatamento da floresta. Entretanto, nada se concretizou até o presente momento.

Outra polêmica com relação à política brasileira quanto à Amazônia foi a edição da Medida Provisória 458, a qual pretende regularizar as propriedades de até 1.500 hectares, e permitirá a doação aos posseiros de terrenos com área inferior a 400 hecta-

¹⁷ A União, por intermédio da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), iniciou em 1992 o relatório de identificação da terra para fins de demarcação. Entretanto, a presença dos produtores de arroz vindos do sul do País, impediu a conclusão da reserva, uma vez que eles alegam possuir títulos que lhes garantem a posse das terras.

res (ARAIA, 2009. p. 32). Para o governo, será uma forma de solucionar a questão fundiária da Amazônia. Para ambientalistas, será o “Plano de Aceleração da Grilagem”.

Noutra vertente, foi apresentado projeto de lei que defende a venda limitada de terras a estrangeiros, propõe que a soma de terras compradas por estrangeiros não poderá ultrapassar 10% (dez por cento) das superfícies dos municípios da Amazônia Legal. Mas grande parte das indispensáveis ações brasileiras no que se refere à esquecida Amazônia não chega sequer a sair dos papelórios de Brasília, o que leva à sucumbência gradativa da Amazônia brasileira, apesar da importância do que é estabelecido no Código de Processo Civil Brasileiro: “Artigo 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil”, c/c o artigo 12, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC: “Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil”.

Conforme interpretação do professor Antônio Cláudio da Costa Machado (2009, p. 120),

a competência disciplinada neste dispositivo é absoluta (*absolutum*, semanticamente, é o que é por si mesmo, o que não se vincula nem se condiciona a nada), posto que exclui qualquer outra. (...) Em outras palavras, o que o focalizado art. 89 significa é que (...) a lei processual civil brasileira institui uma reserva exclusiva de jurisdição à autoridade judiciária nacional, o que impede, de forma absoluta, que, em tais casos, qualquer sentença estrangeira seja homologada entre nós.

De acordo com o dispositivo enfocado, fica absolutamente excluída da jurisdição estrangeira, em primeiro lugar, toda ação fundada em direito real (CC, art. 1.225), como em direito pessoal, que tenha por pedido mediato (bem da vida) um imóvel (CC, arts. 79 a 81). Em segundo lugar, as ações que versem sobre direitos reais sobre imóveis (anulação de uma hipoteca, constituição de servidão, etc.).

Grupos com interesses diversificados, governos e indústrias de diversos países estão centrados em um debate acerca da sustentação do desenvolvimento e gestão da região.

O presidente Luiz Inácio Lula da Silva deverá ir a Copenhague em outubro, quando será anunciada ali a sede da Olimpíada de 2016. Já uma visita à capital dinamarquesa entre 7 e 18 de dezembro, ocasião da COP-15 – a Cúpula do Clima, da qual se espera um novo Tratado de Kyoto –, ainda é incerta. [...] Mas o cenário que se delineia não reco-

menda enviar para lá uma representação de segundo escalão. Afinal, um dos temas centrais do encontro diz respeito diretamente ao Brasil: a Amazônia.

[...] Numa entrevista à Agência France Presse (AFP) em setembro, Lula declarou que o Brasil “não fugirá da responsabilidade de discutir metas” em Copenhague (ARAIA, 2009, p. 28-32).

Diante do âmago da responsabilidade intergeracional, as especulações econômicas e políticas, as questões internas e internacionais geram muitas dúvidas práticas, doutrinárias e por vezes polêmicas legislativas sobre a delimitação no campo de atuação do Direito Internacional, que regula a sociedade internacional, e do Direito Interno de cada Estado.

A Constituição brasileira deixa claro que não sucumbirá às ameaças internacionais e que os tratados celebrados se encontram sujeitos ao controle de constitucionalidade, impondo limites à observância do direito estrangeiro na jurisdição nacional em razão da soberania conquistada a duras penas e sacrifício de um povo, que muito já se curvou à prepotência dos poderosos, à ambição desmedida dos mais fortes e que, por várias vezes, engoliu a seco humilhações profundas à soberania nacional.

Em relação ao posterior desvirtuamento das intenções estabelecidas em tratados internacionais, em que o dito espírito sustentável reflete colonização, salienta Francisco Rezek (2006, p. 33):

A intenção diferente a que se refere o texto de Viena traduziu-se inúmeras vezes na chamada “cláusula colonial”, com que potências do hemisfério norte deixaram expressa a inaplicabilidade, aos seus territórios de ultramar, de tratados geralmente afetos ao progresso social, a benefícios de ordem econômica (...). A limitação do alcance territorial de um tratado pode, entretanto, dever-se a razões técnicas – e não raro óbvias –, como sucede com o Tratado de Cooperação Amazônica [...].

Francisco Rezek (2002 *apud* NEVES, 2009) ainda discorre precisamente sobre o conflito entre tratado e norma de Direito Interno:

O Direito Internacional não tem o condão de regular o Direito Interno dos Estados integrantes da comunidade internacional. Os Estados soberanos são regidos por sua própria Constituição e todas as demais normas caracterizam-se como infraconstitucionais, devendo compatibilidade aos seus termos.

O mundo pode afirmar que são necessárias ações coordenadas para enfrentar o

desflorestamento da Amazônia, mas existem dificuldades em conciliar esta ideia com o direito que o Brasil tem de exercer seu exclusivo controle sobre seu território. Juridicamente, a legislação brasileira atual não permite a soberania compartilhada sobre o território, salvo adaptações legislativas e acordos¹⁸ acerca da situação:

Art. 5.º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (CRFB/88, 2009, p. 11).

5. Conclusão

A necessidade de desfrutar de um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado foi instituída como direito fundamental pela ordem jurídica vigente. Este fato revela a importância da construção de um sistema de garantias para qualidade de vida dos cidadãos. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prestigia o meio ambiente e amplia com nova dimensão o seu conceito como bem de uso comum do povo. A própria existência da espécie humana depende dessa proteção. O momento é de suprema importância da intergeracionalidade, o futuro mundial prescinde do direcionamento da economia rumo a uma política mais verde e sustentável.

A sustentabilidade da Floresta Amazônica pode ser um importantíssimo fator de desenvolvimento para o Brasil e salvação ambiental do mundo. Necessário se faz que a sociedade brasileira, contudo, tenha projetos de longo prazo para o correto manejo amazônico e não se deixe seduzir por ganhos fáceis e imediatos que levarão inexoravelmente à destruição daquele que é considerado o maior tesouro biológico do mundo.

Há relatos de que o interesse internacional pela Amazônia brasileira já perdura desde muitos anos. A biodiversidade, ainda hoje em grande parte desconhecida da região, é alvo dos olhos de cientistas e biopiratas. E as empresas de capital internacional investem principalmente no setor de extração atrás das riquezas da região. Além disso, na região existem habitantes, brasileiros, que são merecedores de proteção e respeito, diante do justo e então pregado pelo Estado Democrático de Direito, que deverá impedir que estes se tornem refugiados ambientais¹⁹.

¹⁸ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (CRFB, 2009).

¹⁹ Refugiados ambientais: pessoas que são obrigadas a deixar o local onde vivem em consequência da piora do meio ambiente.

A internacionalização da Amazônia fere, entre tantos outros, o Princípio da obrigatoriedade da proteção ambiental e o Princípio da soberania dos Estados na política ambiental, que é corolário ao princípio da autodeterminação dos povos, em que cada Estado é soberano para programar a política ambiental que julgar mais adequada (REIS, 2008, p. 150).

A questão da soberania, aqui interpretada no sentido de delegação de competências internas a um ente exterior, está intimamente associada à possibilidade de se admitir que normas de direito internacional possam ser hierarquicamente superiores às normas constitucionais.

O povo brasileiro, por ser o principal interessado em impedir esta gestão internacional, diante dos fatores históricos de repressão colonial e da atual ameaça da questão da relatividade da soberania, precisa lançar mão dos remédios que a própria Constituição Federal lhe oferece, quais sejam: a ação popular e movimentos ativos, para pressionar o governo a elaborar e exercer políticas sustentáveis que visem a desenvolver e ao mesmo tempo proteger a Amazônia. A sobrevivência da Floresta Amazônica Brasileira depende da atuação dos que estão preocupados com o futuro do planeta.

O fortalecimento jurídico e institucional para a gestão da biodiversidade amazônica precisa ser célere, eficaz e indiferente aos meios burocráticos e retrógrados de implementação da Política. Faz-se necessário apresentar e efetivar diretrizes que gerem o fortalecimento da infraestrutura, além da formação e fixação de recursos humanos, impedindo o falecimento da Floresta que é paciente da UTI ambiental do descaso e mau planejamento político e orçamentário de séculos.

Desse modo, deverá haver investimentos na formação de pesquisadores brasileiros, viabilizando o acesso à tecnologia e estimulando a criação de mecanismos de financiamento, o que possibilita o fortalecimento do marco legal e de melhores condições de atuação ao exército na fronteira. A floresta, sem dúvida, contraprestará, com retornos vultosos, os investimentos.

O governo brasileiro, em respeito ao povo, aos princípios constitucionais e ao compromisso que assumiu de gestão, deve propiciar a integração de políticas públicas sem que sejam necessários investimentos e cooperação financeira internacional, prevenindo para que não haja futuramente a menor possibilidade de que os ditos “colaboradores financeiros” possam exigir direitos políticos sobre a região.

Diante do exposto, evidencia-se que a internacionalização da Amazônia brasileira ultrapassa as questões de soberania territorial e atinge além do meio ambiente, a

economia, a segurança política, os nativos da região, e na forma mais abrangente e prejudicial ao povo brasileiro, num todo, que perderá sua riqueza, sua sobrevivência, sua cultura e sua identidade. No plano internacional, qualquer ação que vise à preservação da Amazônia brasileira terá de ser iniciada, patenteada e liderada pelo Brasil.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, p. 83, 2008.

AMAZÔNIA: *banco de dados*. Disponível em <<http://www.globoamazonia.com>>. Acesso em: 21 março 2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 431, 2005.

ARAIA, Eduardo. O cerco se fecha: como se organiza o movimento que quer o controle internacional da Amazônia. *Planeta: Dossiê da Amazônia*. São Paulo, p. 26-42, out. 2009.

BAILÃO, Cheila Aparecida Gomes. Internacionalização da Amazônia, in: *Gestão e educação ambiental: relatos de experiências sobre a questão ambiental*. Santo André: Semasa, 2001, p. 110-111.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 2009.

CABRAL, Gisela. *Gigante na Floresta. Estado de Minas*. Belo Horizonte, 07 de ago. 2009.

COUTINHO, Leonardo. Terra sem lei. *Veja*. p. 32-37, set. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 16 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

DAMIANI, Marco. O Brasil que o Brasil perdeu. *Istoé Dinheiro*, São Paulo, n. 354, p. 32-37, jun. 2004.

DEMARCAÇÃO da terra indígena Raposa Serra do Sol: *banco de dados*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiasDetalhes.asp?idConteudo=111355&caixaBuscaN>>. Acesso em: 07 de outubro de 2009.

FIORILLO, Celso A. Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental e Patrimônio Genético*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 44, 1996.

GOMES, Rodrigo Carneiro. O Controle e Repressão da Biopirataria no Brasil. <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/index.php?option=com_content&task=view&id=2048&Itemid=348>. Acesso em: 04 de agosto de 2009.

HACK, Érico. O dano ambiental e sua reparação: ações coletivas e a *class action* americana. *Revista de Direito Ambiental*. s.l., n. 50, p. 54-61, jun. 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. ver., atual. e ampl. até a EC n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIBERATO, Ana Paula Gularte. *Reforma Agrária: Direito Humano Fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.

MACHADO, Costa. *Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 8 ed. São Paulo: Manole, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. O meio ambiente no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, in: *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 748-766.

MIGUEL, Alexandre. Doutrina Internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. s.l. n. 55, p. 286-325, jun. 2006.

MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental: a gestão ambiental em foco*. 5 ed. ref., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Gustavo Bregalda. *Direito Internacional Público & Direito Internacional Privado*. 3 ed. ref., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

OTERO, Sara. A biodiversidade da Amazônia foi vendida. Será possível? Disponível em: <<http://naturlink.sapo.pt/article.aspx?menuid=20&cid=1882&bl=1>>. Acesso em: 05 de outubro de 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REIS, Jair Teixeira dos. *Resumo de Direito Ambiental*. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, p.253, 2008.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSAS, Bruno Giovany de Miranda. Soberania sobre a Amazônia Legal. São Paulo, outubro 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8314>>. Acesso em: 05 de outubro de 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, p. 104, 2008.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOARES, Silva Fernando Guido. *Curso de Direito Internacional Público*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

A Prisão Especial e o Princípio da Isonomia

The Special Prison and the Principle of Isonomy

Mariana Silva Melo

8º período diurno do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Patos de Minas (UNIPAM). e-mail: marianasilvamelo@hotmail.com

Resumo: A modalidade prisão especial foi instituída no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº. 38.016 de 5 de outubro de 1955, com o escopo de garantir tratamento especial a um grupo determinado de pessoas, tais como os membros da Polícia Civil, Magistratura, Conselho de Sentença do Tribunal do Júri e do Ministério Público, que devido ao cargo ou função que ocupam, merecem as benesses deste instituto, ou seja, serem recolhidos em celas especiais ou em sala de Estado Maior até o trânsito em julgado da sentença. No que tange à constitucionalidade da prisão especial existem diversos posicionamentos em defesa, do mesmo modo que há inúmeros posicionamentos contrários à sua aplicação; ressaltando que todos os posicionamentos têm como matéria de fundo a defesa do princípio da isonomia formal ou material, esta pautada nos ensinamentos de Aristóteles, que assegura que devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades. Nesta senda, o presente trabalho discorre sobre a importância da prisão especial.

Palavras-chave: Prisão Especial. Princípio da Isonomia. Inconstitucionalidade ou Constitucionalidade.

Abstract: The special prison modality was instituted in Brazilian juridical ordainment through the decree n. 38.016 of October 5th, 1955, with the objective to guarantee special treatment to a certain group of people, such as members of Civil Police, magistrates, the Counsel of Sentence of Jury Tribunal and Prosecuting Counsel, who, because of the their charge or function, deserve the profits of this institute, that is, to be safeguarded in special prison cells, until the judgment of the sentence. In relation to the constitutionality of special prisons, there are lots of defense positions, the same way there are innumerable positions contrary to its application. We shall stand out that all positions presuppose the defense of the principle of formal and material isonomy, according to the teachings of Aristotle, who affirms that we should treat equally the equal and unequally the unequal, in the proportion of their inequality. This way, the present paper argues about the importance of the special prison.

Keywords: special prison – principle of isonomy – unconstitutionality or constitutionality

1. Intróito

A prisão especial tem como escopo garantir tratamento especial àquelas pessoas que, devido à função ou cargo que ocupam, fazem jus aos benefícios oferecidos por esse instituto.

Não obstante o artigo 5.º da Lei Maior estabelecer que “todos são iguais perante a lei”, consagrados juristas ensinam que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais; por meio desse entendimento que encontraram guarida aos benefícios concedidos pela prisão especial.

É de ver-se, pois, que pessoas, pela sua qualidade são consideradas egrégias, ficando isentas da prisão comum, quando devem ser detidas antes de sentença condenatória passada em julgado. Essas pessoas têm direito à *sala livre em quartéis ou em prisão especial*, não podendo ser encarceradas nas prisões comuns. Depois da condenação definitiva, cessa o privilégio e o preso ficará sujeito ao cumprimento da pena nos presídios comuns (CAPEZ, 2009, p. 262-263). Contudo, algumas categorias podem manter a prerrogativa de ficarem em celas separadas dos demais presos, mesmo durante a execução penal, como os membros do *Parquet* e os policiais civis, dentre outros.

As benesses da prisão especial, de acordo com o artigo 295 do Código de Processo Penal, serão concedidas às seguintes pessoas: os ministros de Estado; os governadores ou interventores dos Estados, dos Territórios, o prefeito do Distrito Federal e seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados; os cidadãos inscritos no ‘Livro de Mérito’; os oficiais das Forças Armadas e os militares do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios os magistrados; os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; os ministros de confissão religiosa; os ministros do Tribunal de Contas; os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função; os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

Tecnicamente, a prisão especial, visa oferecer tratamento mais humano ao indiciado ou réu que, pelas “qualidades morais e sociais”, merecem melhor tratamento e, também, pelas consequências graves e irreparáveis que a convivência desordenada com presos perigosos poderia lhes causar o fulcro é o princípio da igualdade material, o qual estabelece que a lei deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades (HERMANN NETO, 2002).

Referendando tal posicionamento, estão as respeitadas lições de Aristóteles que vincula a ideia de igualdade à ideia de justiça. Mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o que é seu, uma igualdade, como nota Chomé, impensá-

vel sem a desigualdade complementar e que é satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais (SILVA, 2008).

Registra-se, também, que os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal, quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado (MORAES, 2007).

Noutro ângulo, o estudo da prisão especial visa a edificar o próprio conceito de Justiça, bem como forma uma nova cultura jurídica a partir da crítica da realidade social, mormente nos presídios pátrios, vez que o instituto em comento garante àqueles que, em razão do cargo ou função, devem dispor de um tratamento especial.

O trabalho em epígrafe tem como objeto promover análise crítica sobre a prisão especial e o princípio da isonomia, com o fito de responder, ao final, à seguinte indagação: em que medida a prisão especial não fere o conteúdo jurídico do princípio da isonomia?

2. Prisão Especial

De início, calha ressaltar o disposto no artigo 5.º, inciso LXI, da Carta Magna, *in verbis*: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita ou fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressões militares ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Em sentido amplo, prisão significa tanto a privação da liberdade de locomoção da pessoa, ou seja, o ato de prender ou manter alguém preso quanto o próprio lugar fechado, onde se coloca alguém para evitar que se locomova (FEITOZA, 2009).

No sentido estrito, o vocábulo prisão remete à privação da liberdade de locomoção, efetuada por agente público e, se lícita, decorrente de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, de prisão em flagrante ou de ordem de superior hierárquico-militar (FEITOZA, 2009).

Guilherme de Souza Nucci leciona sobre o tema, com maestria, ao explicitar que prisão é a privação de liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa ao cárcere (NUCCI, 2008).

Nesse sentido aduz Fernando da Costa Tourinho Filho, ao afirmar que a prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura, e a privação da liberdade individual de ir e vir; e, tendo em vista a denominada prisão-albergue, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatória

(TOURINHO FILHO, 2007).

Urge salientar que há quatro espécies de prisão, quais sejam: prisão-pena, que advém da condenação transitada em julgado, tendo finalidades retributivas e preventivas; prisão processual, que resulta de determinação judicial ou de flagrante em virtude da persecução penal ou do processo penal; é aquela que antecede o trânsito em julgado da condenação penal, tendo como finalidade propiciar o bom andamento do processo; prisão civil, a que compele alguém ao cumprimento da obrigação alimentar e prisão de natureza disciplinar, do superior hierárquico militar ao inferior.

No que tange ao conceito de prisão especial, Júlio Fabrinni Mirabete ensina que:

A prisão especial sem ferir o preceito constitucional de que todos são iguais perante a lei, prevê hipótese em que a custódia do preso provisório pode ser efetuada em quartéis ou prisão especial, prerrogativa concedida a certas pessoas pelas funções que desempenham, por sua educação ou cultura, por serviços prestados. Evitam que fiquem em promiscuidades com outros presos durante o processo condenatório (MIRABETE, 2007, p. 370).

Nesse sentido, é a lição de Basileu Garcia:

Não sendo possível, por deficiência de ordem material, facultar a todos acusados, ainda não condenados, um tratamento que resguarde os riscos de injustiças, iminentes ao caráter preventivo da medida privativa de liberdade, não há mal em que isso seja feito pelo menos relativamente a alguns acusados. Dentre eles o que, pela sua vida, funções e serviços prestados a coletividade, merecem melhor consideração pública ou que, pela sua educação, maior sensibilidade devem ter para o sofrimento do cárcere (GARCIA apud DELMANTO JÚNIOR).

É também este o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Alagoas, *in verbis*:

A prisão especial é uma espécie de prisão provisória, na qual os presos que dela desfrutam, pela prerrogativa da função, pela formação em curso de nível superior e por serviços prestados ao poder público, permanecem afastados dos presos comuns até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, após esse momento serão recolhidos ao estabelecimento penal comum (TJAL, HC 97.000094/4, Relator Dês. Oduvaldo Persiano, D.J. 4.3.1997).

Em suma, o conceito de prisão especial está relacionado a certas prerrogativas que algumas pessoas, em virtude da função que exercem, fazem jus; antes de serem levadas ao cárcere, com intuito de proteger sua integridade física ameaçada em convívio com outros presos.

3. Noções acerca do Princípio da Isonomia

A noção jurídica da igualdade perante a lei surgiu com o advento da Revolução Francesa, movimento que inaugurou a igualdade civil como direito. Nesse contexto, entretanto, bastava à burguesia ascendente a estática e formal igualdade perante a lei que funcionava como a grande definidora dos limites e dos contornos da igualdade entre homens.

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio constitucional da igualdade vem expressamente consignado no *caput* do artigo 5.º da Lei Maior, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, e à propriedade”.

Vê-se, pois, que há um comando imperativo de igualdade tanto de formulação do direito quanto na sua aplicação, ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro exige que também o legislador observe a igualdade na feitura das normas infraconstitucionais, e essa isonomia na produção da lei integra o devido processo legal na sua fase eminentemente substancial (BORGES, 2009).

O caráter duplo do Princípio da Isonomia já se encontra pacificado na jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, assim tem, reiteradamente, se manifestado nossa Corte Constitucional:

Princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fato-

res de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade (BRASIL, 1991).

O ilustre jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que “a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais dentro de nosso ordenamento constitucional” (MELLO, 2009, p.45).

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino ensinam que:

O princípio constitucional da isonomia não veda que a lei estabeleça tratamento diferenciado entre pessoas que guardam distinções de grupo social, de sexo, de profissão, de condição econômica ou de idade, ente outras; o que não se admite é que o parâmetro diferenciador seja arbitrário, desprovido de razoabilidade, ou deixe de atender alguma razão de interesse público (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 109).

Kelsen demonstrou que o sentido relevante do princípio da isonomia está na obrigação de igualdade na própria lei, vale dizer, entendida como limite para ela. Por isso, averbou o que segue:

Colocar o problema da igualdade perante a lei, é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas na própria lei a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da aplicação do direito em geral; princípio que é imanente a todas as leis, em outros termos, o princípio de que as normas devem ser aplicadas conforme as normas (KELSEN, 1962, p.190 apud MELLO, 2009, p. 10).

E segue:

A igualdade dos sujeitos, no ordenamento jurídico, garantida pela constituição, não significa que estes devem ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não e concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles (ibidem p. 11).

Nesta senda, San Tiago Dantas, apresenta, com pena de ouro, a seguinte assertiva:

Quanto mais progredirem e se organizarem as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que tem no mesmo interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário (DANTAS, 1953 apud MORAES, 2007, p. 33).

Como ensina o doutrinador Alexandre Moraes, o princípio da isonomia não pode ser entendido em termos absolutos, haja vista que a Constituição da República veda tão-somente as diferenciações arbitrárias e as discriminações absurdas, como se depreende da transcrição a seguir, *in verbis*:

(...) o princípio da isonomia não pode ser entendido em termos absolutos; o tratamento diferenciado é admissível e se explica do ponto de vista histórico, também considerado pelo constituinte de 1988, já que a mulher foi, até muito pouco tempo, extremamente discriminada. O que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas (MORAIS, 2005, p. 35).

O Evangelho, segundo Mateus (20: 1-16), apresenta uma parábola que ilustra muito bem a problemática da igualdade:

O Reino dos céus é semelhante a um pai de família que ao romper da manhã saiu a fim de contratar operários para sua vinha. Ajustou com eles um denário por dia e enviou-os à sua vinha. Cerca da terceira hora, saiu ainda e viu que alguns ainda estavam na praça sem fazer nada. Disse-lhes ele: Ide também vós para minha vinha e darei o justo salário. E eles foram. À sexta hora saiu de novo e igualmente pela nona hora, e fez o mesmo. Finalmente, pela undécima hora, encontrou ainda outros na praça e perguntou-lhes: Porque estais todo o dia sem fazer nada? Eles responderam: É porque ninguém nos contratou. Disse-lhes ele, então: Ide também vós para minha vinha. Ao cair da tarde, o senhor

da vinha disse a seu feitor: Chama os operários e paga-lhes, começando pelos últimos até os primeiros. Vieram aqueles da undécima hora e receberam cada qual um denário. Chegando por sua vez os primeiros julgavam que haviam de receber mais. Mas só receberam cada qual um denário. Ao receberem, murmuravam contra o pai de família, dizendo: Os últimos só trabalharam uma hora; contudo, os igualastes a nós, que suportamos o peso do dia e do calor. O senhor, porém observou a um deles: Meu amigo, não te faço injustiça. Não contrataste comigo um denário? Toma o que é teu e vai-te. Eu quero dar a este último tanto quanto a ti. Ou não me é permitido fazer dos meus bens o que me apraz? Porventura vês com maus olhos que eu seja bom? Assim, pois, os últimos serão os primeiros e os primeiros serão os últimos (BÍBLIA, 2001, p. 19-20).

De fato, é inerente ao ser humano o sentimento de injustiça no que concerne à igualdade, pois não aceita ações que visem à correção da desigualdade. Prevalece a opinião de que a divisão deve ser sempre equânime.

Ocorre que o Estado prima pela busca constante e perpétua da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação; além disso, a cidadania e a dignidade da pessoa humana são os fundamentos da democracia (Artigo 3.º da Carta Magna).

À vista do exposto, não basta que o Estado garanta a igualdade formal dos cidadãos, mas é imprescindível que promova a igualdade material.

Assim, quando se afirma que a igualdade deve ser buscada sem distinção, não significa que a lei deve tratar a todos abstratamente iguais, pois até mesmo na Antiguidade, Aristóteles já ensinava que a verdadeira igualdade, que almeja primordialmente a dignidade da pessoa humana, consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

4. A implementação da Prisão Especial no ordenamento jurídico pátrio

Inicialmente, vale dizer que a prisão especial foi instituída no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto n.º 38.016, de 5 de outubro de 1955.

Entretanto, o referido decreto foi revogado pelo ex-presidente da República Fernando Collor, por intermédio do Decreto de n.º 11, de 18 de janeiro de 1991. Noutro prisma, a Lei 10.258 de 11 de julho de 2001, veio suprir o vazio deixado pela revogação.

A lei 10.258/01, a seu turno, estabelece a seguinte regra:

Art. 1º O art. 295 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 295 *omissos*

V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

§ 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.

§ 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

§ 3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

§ 4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.

§ 5º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.

A Lei adjetiva penal traz no seu bojo o artigo 295, que se revela que entre as pessoas que têm direito à prisão especial, pode-se citar os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios os ministros de Estado; governadores ou interventores de Estados, Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados; cidadãos inscritos no “Livro de Mérito”; oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; magistrados; diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; ministros de confissão religiosa; ministros do Tribunal de Contas; cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função; delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

O rol das pessoas beneficiadas pela prisão especial, neste artigo, é exemplificativo e não exaustivo. Há outras previstas em leis especiais. Como exemplo, os pilotos de aeronaves mercantis nacionais (Lei 3.988/61); os dirigentes de entidades sindicais de todos os graus e representativas de empregados, empregadores, profissionais, agentes e trabalhadores autônomos (Lei 2.860/56), vigilantes municipais do antigo Distrito

Federal (Decreto-lei nº 8.209/45); dirigentes e administradores sindicais (Lei nº 2.860/56); servidores do departamento federal de segurança Pública (Lei nº 3.313/57); policiais civis do Distrito Federal e da União (Lei nº 4.878/65); funcionários da Polícia Civil dos Estados e Territórios (Lei nº 5.350/67); professores de 1º e 2º Graus (Lei nº 7.172/83).

Os inferiores e praças de pré, termo que significa militar sem patente oficial, serão recolhidos em estabelecimentos militares de acordo com o respectivo regulamento (Art. 296 do Código de Processo Penal).

Vale observar que o Livro de Mérito destina-se a receber a inscrição dos nomes de pessoas que, por doações valiosas ou pela prestação desinteressada de serviços relevantes, hajam notoriamente cooperado para o enriquecimento patrimonial material ou espiritual da Nação e merecido testemunho público do seu reconhecimento.

Cumprir observar que o cidadão que participa do Conselho de Sentença (Tribunal do Júri) goza da regalia estabelecida no artigo 295 da Lei adjetiva penal, mas a mera inclusão do seu nome na lista geral dos jurados não assegura tal benefício.

A prisão dos advogados vem regulamentada no inciso V, do artigo 7.º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia): “São direitos dos advogados (...) V - não serem recolhidos preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e acomodações condignas, assim reconhecidas pela OAB, e na sua falta em prisão domiciliar”. Salienta-se que o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar, em 6 de outubro de 1994, em ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 1127), suspendendo a eficácia da expressão “assim reconhecida pela OAB”, sob fundamento de que a administração de estabelecimentos prisionais seria prerrogativa indelegável do Estado.

Na esteira desse entendimento, o Pleno, da Suprema Corte na Reclamação, de nº 4713 conceituou sala de Estado Maior.

Cumprir notar, ademais, que a prerrogativa conferida aos advogados, a toda evidência, não tem o condão de alterar a natureza da ação preventiva ou repressiva do Estado. Em outras palavras, o preceito legal confere a esses profissionais o direito à prisão especial, antes do trânsito em julgado da condenação, não desnatura o caráter da medida, que representa uma restrição à liberdade de locomoção, ainda que em condições diferenciadas dos demais presos (Rcl. 4713. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. D.J. 07.03.2008).

Nesse mesmo sentido, estão os ensinamentos do Juiz-auditor Paulo Tadeu Rodrigues, da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais:

Deve esta ser entendida como sendo os locais existentes nos quartéis das Forças Armadas ou Forças Auxiliares (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares), que são forças reservas do Exército, onde a autoridade militar, federal ou estadual exerce suas atividades de comando e planejamento, que são atribuídas a um oficial, que exercerá o cargo de oficial do Estado Maior junto a Força a qual pertença (ROSA, 1999).

Tendo presente esse contexto normativo, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo fixou concisa orientação sobre o tema:

A prisão especial assegurada ao advogado é prerrogativa de toda uma classe, é um direito legal inafastável sob qualquer pretexto, devendo o poder judiciário fazê-lo valer a qualquer custo, no interesse maior da própria ordem jurídica. Não é um favor que precisa de beneplácito de quem quer que seja (RT590/334).

Vale ressaltar, por oportuno, que a cela especial separada dos demais detentos, embora possua maior dignidade que as prisões comuns, não supre, evidentemente, a exigência expressa contida no art. 7.º, V, da Lei nº 8.906/94, que confere ao advogado preso preventivamente o recolhimento em sala especial de Estado-Maior. Não existindo tal acomodação na comarca e tendo a sentença condenatória deferido o regime prisional aberto, tudo recomenda a concessão de *habeas corpus* para que o causídico aguarde em liberdade o julgamento de eventual recurso (HC 89.277-3, RT 655/289).

Esta é a tese sustentada pelo Supremo Tribunal Federal, como se vê da ementa a seguir transcrita:

EMENTA: Habeas corpus. Direito processual penal. Prisão especial. Advogado. Ausência de estabelecimento específico. Prisão em estabelecimento comum. Possibilidade. 1. Inexistindo estabelecimento específico para o preso especial, garante-lhe a lei a prerrogativa de ser recolhido em cela distinta de estabelecimento de prisão comum, atendidos, por certo, os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência de fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana (artigo 295, parágrafos 1º, 2º e 3º, do Código de Processo Penal). 2. Ordem denegada. (HC 34.108/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ de 7/11/05).

Nessa esteira, devemos analisar que o termo prisão consiste em um recinto guardado por grades e ferros, outrossim, a prisão especial tem o mesmo significado, todavia com as características mencionadas na Lei n.º 10.258/01.

Já o termo sala de Estado-Maior, no que se refere aos membros do *Parquet*, magistrados e advogados, pressupõe, por conseguinte, a ausência de grades.

Por oportuno, confira-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

Assim, quando se cogita de sala de Estado-Maior, há que se considerar o estabelecimento desprovido de grades – sob pena de transforma-se este em cela –, submetido à autoridade castrense que, em razão de sua especial responsabilidade, possa garantir àqueles a ela confiados a máxima proteção, em que pese a restrição à liberdade de locomoção que se lhe impôs (BRASIL, 2008).

Entretanto, insta esclarecer que o bacharel em direito fará jus às benesses da prisão especial nos termos do inciso VII, do artigo 295, do Código de Processo Penal, somente se estiver inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, conforme previsto no artigo 7.º, V, da Lei n.º 8.906.

Verifica-se que o magistrado dispõe da prerrogativa de ser recolhido à prisão especial ou sala especial de Estado-Maior, quando sujeito a prisão cautelar, também conforme dispõe o artigo 33, III, da Lei Orgânica da Magistratura. Contudo, tal prerrogativa não significa que o magistrado possa escolher o lugar onde ficará encarcerado, pois essa decisão cabe à autoridade responsável pelo acautelamento (BRASIL, 2005).

Doutro prumo, a Lei 4.878/65 (Anexo III) assegurou ao funcionário policial o direito à prisão especial, mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; esta medida também é concedida aos integrantes da polícia civil dos Estados e Territórios, bem como os membros do Ministério Público. A medida visa a assegurar a integridade física e moral dessas pessoas. Esta proteção encontra respaldo no princípio da razoabilidade, porquanto não é plausível que alguém que exerceu qualquer função jurisdicional de natureza penal venha a ser colocado em cárcere comum, haja vista que o Estado está obrigado a utilizar os meios ou recursos desproporcionais visando à proteção do Estado Democrático de Direito (BONAVIDES, 2009).

O princípio da proporcionalidade foi recepcionado pela Constituição Federal Brasileira, impondo maior respeito à dignidade humana e à consequente proibição de excesso, sendo indispensável que os direitos dos cidadãos sejam considerados intocá-

veis, afastados da livre disposição do Estado, que além de respeitá-los, deve garanti-los (BITENCOURT, 2007).

Além dessas categorias elencadas, têm direito à prisão especial os jornalistas profissionais, quando cometem crime de imprensa, tal como dispõe o artigo 66 e seu respectivo parágrafo único da Lei 5.250, de 67.¹

Insta salientar que o artigo 295 do Código de Processo Penal não faz menção ao Presidente da República, em razão de ele não estar sujeito a nenhum tipo de prisão cautelar, em decorrência de infrações comuns (Art. 86, § 3.º, da Magna Carta).

Inexistindo estabelecimento específico para o preso especial, garante-lhe a lei a prerrogativa de ser recolhido em cela distinta de estabelecimento de prisão comum, atendidos, por certo, os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência de fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana (Art. 295, parágrafos 1.º, 2.º e 3.º, do Código de Processo Penal). Neste sentido, reza o artigo 84 da Lei de Execução Penal, que garante ao preso provisório cela separada até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Já a prisão especial cumprida em regime domiciliar tem caráter subsidiário, na medida em que somente será aplicado caso o estabelecimento não esteja adequado ao recolhimento das pessoas que fazem jus ao benefício. Esse entendimento reflete a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, aduzindo que:

Apenas a circunstância consistente na impossibilidade material de o Estado propiciar ao réu as condições inerentes à prisão especial é que autoriza, sempre em caráter extraordinário, o recolhimento prisional do acusado sob regime domiciliar (RTJ 43/380, Rel. Min. Eloy da Rocha).

Por conseguinte, é vedado que o preso especial transite em uma viatura ao lado do preso comum, conforme salienta o §5.º, do artigo 295, da Lei adjetiva Penal.

Importante questão suscitada também é a possibilidade de progressão de regime durante a prisão especial, tendo em vista que, para a concessão de progressão de regime não é necessário o trânsito em julgado da sentença condenatória, segundo o

¹ “Art. 66. O jornalista profissional não poderá ser detido nem recolhido preso antes da sentença transitada em julgado; em qualquer caso, somente em sala decente, arejada e onde encontre todas as comodidades.

“Parágrafo único. A pena de prisão de jornalista será cumprida em estabelecimento distinto dos que são destinados a réus de crime comum e sem sujeição a qualquer regime penitenciário ou carcerário”.

teor da Súmula 717 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Não impede a progressão de regime de execução de pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.”

A guisa de exemplo, trazemos a colação o aresto do Colendo Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: *Habeas corpus. Execução penal. Regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Progressão para o regime semi-aberto. Paciente que se encontra recolhido em prisão especial. Precedentes da corte.* O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 72.565-1, decidiu no sentido da possibilidade de progressão de regime prisional, quando ainda não haja trânsito em julgado da decisão condenatória, mesmo estando o apenado em prisão especial, por ser portador de diploma de curso superior. Na hipótese dos autos, o paciente atende aos requisitos objetivos e subjetivos indispensáveis, pois já cumpriu mais de um sexto da pena que lhe foi imposta e submeteu-se a exame criminológico, realizado em cumprimento a decisão judicial. Decisão impetrada que ao deferir a progressão, mas condicionar o gozo do benefício ao ingresso do paciente no sistema penitenciário – por ser inconciliável com a natureza do regime semi-aberto a sua permanência em prisão especial – se encontra em desacordo com a jurisprudência da Corte. Habeas corpus deferido, para conceder ao paciente a progressão para o regime prisional semi-aberto (BRASIL, 1996).

5. Correntes favoráveis à inconstitucionalidade material da Prisão Especial

Os defensores da inconstitucionalidade da prisão especial aduzem que tal instituto afronta o princípio constitucional da isonomia, uma vez que, com a referida norma criou-se uma categoria diferenciada de pessoas que devem dispor de um tratamento especial, ao menos até o trânsito em julgado da sentença condenatória (NUCCI, 2008).

No mesmo sentido aduz Marcelo Semer:

Na vigência das ordenações (entre 1603 e 1830), a mesma prisão que para o homem do povo seria em *ferros*, para nobres e auditores, ou *Doutores em Leis, Cânones ou Medicina*, poderia ser domiciliar. (...) Continua sendo de ocupantes de certos cargos públicos, membros de algumas atividades profissionais e aos portadores de diploma de curso superior. As penas já não podem mais ser diferentes entre ricos e pobres (ou diplomados e não instruídos), afinal todos somos iguais perante a lei. A forma de cumpri-las,

no entanto, acaba sendo diversa e privilegia a não promiscuidade dos eventuais presos da elite com os incultos (apud NUCCI, 2008, p. 563).

Trilhando esse mesmo entendimento, parte da doutrina aduz que o princípio da igualdade é uma limitação ao legislador, que fica proibido de editar regras que estabeleçam privilégios. É também um princípio de interpretação, pelo qual deverá o juiz ou todo aplicador dar sempre à lei um entendimento que não crie privilégios (TOURINHO FILHO, 2007).

Referendando tal posicionamento, traz a colação o parecer do Deputado Valdemar Costa Neto:

É inconstitucional o Art. 295 do decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 e, por consequência o parágrafo 2º do Art. 112 da Lei Complementar nº 35 de 14 de março de 1979, não podendo ser recepcionados pela Constituição de 05 de outubro de 1988, por *atentarem frontalmente contra o princípio pétreo da isonomia contido no Art. 5º da Lei Maior*. A lei complementar reguladora deve abranger todas as categorias profissionais para se submeter ao ditame constitucional. Trata a presente Indicação de matéria controversa e delicada posto que o instituto da “prisão especial” já se encontra, na prática calcificado entre nós, *embora não encontre respaldo, em nenhum momento, no texto constitucional*. Ao contrário, o princípio constitucional que a ele vigorosamente se contrapõe, é pilar da cidadania, cláusula pétreo e matéria de natureza supra-constitucional, intangível em seu “grau máximo” (apud PADILHA; LAZZAROTTO, 2007).

Outrossim, leciona Eugênio Pacelli Oliveira acerca do tema:

De outra perspectiva, a distinção e a desigualdade revelam de modo sublimar uma confissão expressa no sentido que nossos estabelecimentos prisionais devem mesmo ser reservados às classes sociais menos favorecidas, o que, aliás, iria exatamente à direção de outra realidade, ainda mais sombria, qual seja a de seletividade do sistema penal. O problema maior que resulta da apontada desigualdade diz respeito à possibilidade prática da aplicação do princípio da isonomia na sua solução: o que deveria ser feito é reivindicação das prisões especiais, ou melhor, prisões melhores e mais adequadas para a generalidade dos presos provisórios (OLIVEIRA, 2008, p. 421).

Sobre o mesmo enfoque Maurício Zanoide de Moraes declina:

Deve-se garantir a prisão especial unicamente às pessoas que, em virtude da função exercida, antes de serem levadas ao cárcere, possam ter sua integridade física ameaçada

em convívio com outros presos. É o caso dos policiais, promotores, juízes, defensores, entre outros que atuam na justiça criminal. Fora daí, é manifesta confissão da inépcia do Estado em fornecer a todos os presos a mesma qualidade de vida dentro da prisão (apud NUCCI, 2008, p. 563).

6. Correntes favoráveis à constitucionalidade da prisão especial

Considerável parcela dos estudiosos e aplicadores do Direito consideram a prisão especial constitucional, ao passo que a igualdade almejada não está consignada em tratar todas as pessoas iguais, mas em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

O que autoriza o discriminar é a diferença que as coisas possuam em si e a correlação entre o tratamento desequilibrador e os dados diferenciais radicados nas coisas, (...) o fator de discriminação pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulte. Em outras palavras a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo (MELLO, 2009, p. 34, 38-39).

E conclui o mesmo doutrinador:

[...] se a lei se propôs distinguir pessoas, situações, grupos, e se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos, não há como se negar o descrimines. Contudo se a distinção não procede diretamente da lei que instituiu o benefício ou exonerou de encargo, não tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais (MELLO, 2009, p. 45).

O princípio da igualdade proíbe o arbítrio, as diferenciações de tratamento sem fundamento material, quer dizer, sem justificação razoável, segundo os critérios de valor objetivo constitucionalmente relevante. Proíbe as diferenciações fundadas em categorias meramente subjetivas (CANOTILHO apud BORGES, 2008).

Segundo Queiroz ainda que os juízes fossem santos, ainda que promotores de justiça fossem super-homens, ainda que delegados e policiais fossem um exército de

querubins, ainda assim o direito seria um instrumento de desigualdade. Porque a igualdade formal ou jurídica não anula a desigualdade material que lhe subjaz (QUEIROZ, 1998 apud BORGES, 2008, p. 57).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, também, entende que a prisão especial não fere o princípio da isonomia:

A prisão especial não é uma regalia atentatória do princípio da isonomia jurídica, mas consubstancia providencia que tem por objetivo resguardar a integridade física do preso que ocupa funções de natureza pública, afastando-se da promiscuidade com outros detentos comuns (BRASIL, 1955).

A prisão especial a que se refere a legislação é decorrente do *status personae* do detento, não da qualidade da prisão celular. Assim, quer seja em Estado Maior, quer seja em delegacia de polícia, a condição de célula especial preexiste em função do detento. Quer dizer, o não convívio com presos comuns (Superior Tribunal de Justiça, 6^ot., Relator Ministro Pedro Acioli, DJU, 10.05.1993).

Desse raciocínio, Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 48), em sua obra *Conteúdo Jurídico do Princípio da Isonomia*, conclui que somente haverá ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando a “norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada”.

Assim, a prisão especial não se trata de privilégio, mas de uma homenagem em razão das funções que certas pessoas desempenham no cenário jurídico-político da nossa terra, inclusive o grau de escolaridade, outrossim visa à proteção da integridade física ameaçada em convívio com outros presos (TOURINHO FILHO, 2007).

Feita a explanação acima, passamos à conclusão, com vistas a responder à indagação inicialmente suscitada.

7. Considerações Finais

Resta comprovado pelos nossos estudos que o instituto da prisão especial trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro uma categoria diferenciada de pessoas, que devem dispor de um tratamento diferenciado até perdurar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo que tal prerrogativa não pode ser interpretada como mero privilégio, pois destina-se à proteção da integridade física do preso.

O sistema carcerário brasileiro constitui uma grave ameaça à personalidade do recluso, porquanto as prisões e penitenciárias têm sido consideradas verdadeiros depósitos humanos: acentuada superlotação, a qual acarreta a violência, inclusive sexual, entre presos; presença de tóxicos nas celas e falta de higiene, que ocasiona diversas endemias.

Assim, com o fito de proteger aquelas pessoas que, devido ao cargo ou função que exercem, merecem tratamento diferenciado, é que a prisão especial foi instituída.

Apesar de o artigo 5.º da Lei Maior estabelecer que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção, entendemos que as benesses concedidas pela prisão especial não ferem o princípio da isonomia, ao passo que a custódia do preso realizada em quartéis, sala de Estado-Maior ou prisão especial não estabelece uma distinção subjetiva, pois a própria lei criou essa forma de proteção às pessoas consideradas egrégias em razão da função que exercem.

Pois o princípio da igualdade tem o fito de proteger, também, certos grupos que segundo o constituinte merecem um tratamento diverso. Assim, em determinadas situações a discriminação empreendida realiza o preceito constitucional em epígrafe.

Consoante preleciona Paula Bajer Fernandes Martins da Costa:

A igualdade constitucional visa, até mesmo, a produzir desigualdades. Para se alcançar igualdade é preciso, muitas vezes, tratar desigualmente. Caso contrário, não se alcançara dignidade, justiça ou solidariedade. Porém, paradoxalmente, a igualdade é, e sempre será, relação. Isso porque, abandona a concepção de igualdade é, e sempre será relação. Isso porque, abandonada a concepção de igualdade como relação, não haverá igualdade. Ter-se-á a representação vazia, conceito do qual se terá retirado a característica essencial. A igualdade significando relação é imprescindível como instrumento de trabalho. A dificuldade será combinar essa relação com sujeitos envolvidos, e com valores desejados. Mas o fundamento dessa combinação será sempre relação de proporcionalidade entre os sujeitos e os bens e interesses desejados ou atribuídos. Em síntese, o resultado da combinação equilibrada entre sujeitos e bens pode ser denominado justiça (COSTA, 2001, p. 24, apud BORGES, 2009, p. 73).

Para corroborar nosso entendimento, trazemos à colação as lições de José Afonso da Silva:

A igualdade constitucional visa, até mesmo, a produzir desigualdades. Para se alcançar igualdade é preciso, muitas vezes, tratar desigualmente. Caso contrário, não se alcançara

dignidade, justiça ou solidariedade. Porém, paradoxalmente, a igualdade é, e sempre será, relação. Isso porque, abandona a concepção de igualdade é, e sempre será relação. Isso porque, abandonada a concepção de igualdade como relação, não haverá igualdade. Ter-se-á a representação vazia, conceito do qual se terá retirado a característica essencial. A igualdade significando relação é imprescindível como instrumento de trabalho. A dificuldade será combinar essa relação com sujeitos envolvidos, e com valores desejados. Mas o fundamento dessa combinação será sempre relação de proporcionalidade entre os sujeitos e os bens e interesses desejados ou atribuídos. Em síntese, o resultado da combinação equilibrada entre sujeitos e bens pode ser denominado justiça (COSTA, 2001, p. 24, apud BORGES, 2009, p. 73).

É certo que outras questões e discussões surgiram acerca da constitucionalidade da prisão especial, mas é certo também que o presente trabalho limitar-se-á a formular uma resposta à indagação anteriormente formulada, a qual se segue: *a prisão especial não fere o princípio da isonomia*.

Referências

BÍBLIA Sagrada. 2 ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2001.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGES, Paulo César Correa. *O Princípio da igualdade na perspectiva penal*. São Paulo: Unesp, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º 8.906 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), in: *Vade Mecum: Profissional e Acadêmico*. Organização dos textos Antonio Luiz Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Processual penal. *Habeas Corpus*. Prisão Especial. *Habeas Corpus* n. 3.848, da sexta turma do Espírito Santo, Brasília, DF, 31 de outubro de 1995 STJ.

Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/538637/habeas-corpus-hc-3848-es-1995-0043570-5-stj>>. Acesso em: 07 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 58. Pretendida majoração de vencimentos devidos a servidor público (INCRA/MIRAD). Apelante: Airton de

Oliveira e Outros. Apelada: Presidente da Republica. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília/DF, 19 de abril de 1991. *STF*. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MI\\$.SCLA.%20E%2058.NUME.\)%20OU%20\(MI.ACMS.%20ADJ2%2058.ACMS.\)&base=baseAcord aos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MI$.SCLA.%20E%2058.NUME.)%20OU%20(MI.ACMS.%20ADJ2%2058.ACMS.)&base=baseAcord aos).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4713. PRISÃO DE ADVOGADO. Apelante: João de Oliveira Rosa. Apelada: Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Joinville. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília/DF, 07 de março de 2008. *STF*. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(Rcl\\$.SCLA.%20E%204713.NUME.\)%20OU%20\(Rcl.ACMS.%20ADJ2%204713.ACMS.\)&base=baseAcordao](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(Rcl$.SCLA.%20E%204713.NUME.)%20OU%20(Rcl.ACMS.%20ADJ2%204713.ACMS.)&base=baseAcordao)>.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Processual penal. *Habeas Corpus*. Direito de assistência Médica ao Preso. *Habeas Corpus* n. 85431, da Segunda Turma de São Paulo, Brasília, DF, 17 de maio de 2005 *STF*.

Disponível em:

<http://www.idisa.org.br/site/idisalegis/visualiza_conteudo.php?sub=146&cont=1855&cat=24>. Acesso em: 07 out. 2009.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Processual penal. *Habeas Corpus*. Direito de assistência Médica ao Preso. *Habeas Corpus* n. 34.108, da sexta turma de São Paulo, 07 de novembro de 2005.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Processual penal. *Habeas Corpus* n. 73760. Rio de Janeiro. 14 de maio de 1996.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva 2009.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Prisão especial, Sala de Estado-Maior e prisão: Domiciliar em Face Da Lei 10.258/01. *Processo Criminal*. São Paulo.

Disponível em: <<http://www.processocriminalpslf.com.br/saladeestado.htm>>. Acesso em: 19 out. 2009.

FEITOSA, Denilson. *Direito Processual Penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HERMANN NETO, João. Justificativa do Projeto de Lei nº. 3689/2002. *Câmara*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/102092.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2009.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Principio da Igualdade*. 3 ed. Porto Alegre: Medeiros, 2009.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

PADILHA, Valquíria; LAZZAROTTO, Flávio Antonio A distinção por trás das grades: reflexões sobre a prisão especial. *Revista Sociologia Jurídica*. n. 4, Jan/Jun. 2007. Disponível em: < <http://sociologiajur.vilabol.uol.com.br/rev04padilha.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3 ed. São Paulo. Editora Gen, 2008.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. O advogado e a sua prisão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 29, mar. 1999.
Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=300>>. Acesso em: 06 out. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. Por Alegre: Medeiros, 2008.

Superior Tribunal de Justiça. Súmulas e decisões.

Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp.

Supremo Tribunal Federal. Súmulas e decisões.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Anexo I

**Decreto nº. 38.016 - DE 5 DE OUTUBRO DE 1955 - DOU DE 12/10/55 Revogado pelo
Decreto nº. 11 - 18/01/1991**

Regulamenta a prisão especial.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 87, inciso I, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1.º Os diretores de prisões e os comandantes de unidades militares ao receberem os presos beneficiados com “prisão especial” observarão a legislação específica existente e também o que prescreve o art. 288 do Código de Processo Penal.

Parágrafo único - Em casos de dúvida ou de reclamações, após o recebimento do preso, deverá ser consultada a autoridade a cuja disposição estiver.

Art. 2.º O detido deverá:

I - Pautar o seu procedimento pelas instruções baixadas pelo diretor da prisão ou comandante da unidade.

II - Evitar controvérsias e quaisquer atitudes que possam importar em desrespeito perturbação da ordem ou incitamento à desobediência.

Art. 3.º É assegurado ao detido:

I - Alojamento condigno alimentação e recreio. Quando o alojamento fôr coletivo serão ouvidos os recolhidos, sempre que possível, para a organização dos grupos.

II - O uso do seu próprio vestuário guardado o decôro devido aos companheiros de prisão e ao Estabelecimento.

III - Assistência de seus advogados sem restrições, durante o horário normal de expediente.

IV - Visita de parentes e amigos em horário previamente fixado.

V - Visita de ascendentes descendentes, irmãos e cônjuge do detido, durante o expediente sem horário determinado. Em casos excepcionais a critério do Diretor ou Comandante, poderá a visita iniciar-se e prolongar-se fora do horário de expediente.

VI - Recepção e transmissão de correspondência livremente salvo nos casos em que a autoridade competente recomendar censura prévia.

VII - Assistência religiosa, sempre que possível.

VIII - Assistência de médico particular. Quando os medicamentos receitados forem adquiridos ou manipulados fora, estarão sujeitos a verificação pelo Serviço Médico do Estabelecimento.

IX - Alimentação enviada pela família ou amigos, em casos especiais e com autorização do Diretor ou Comandante.

X - Transporte diferente do empregado para os presos comuns.

XI - Direito de representar desde que o faça em termos repetidos e por intermédio do Diretor ou Comandante. As petições insultuosas ou com expressões menos recomendáveis, não serão encaminhadas.

Art. 4.º O prêso insubordinado ou de mau comportamento será punido com isolamento e suspensão de recreio e das regalias asseguradas nos números IV e V do art. 3.º por tempo determinado. Serão comunicadas imediatamente à autoridade a cuja disposição estiver o prêso a falta cometida e a pena disciplinar imposta.

Art. 5.º A transferência do detido para prisão comum observará o disposto no art. 675, § 2.º do Código de Processo Penal.

Art. 6.º Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 5 de outubro de 1955; 134.º da Independência e 67.º da República.

José Café Filho; Prado Kelly; Edmundo Jordão Amorim do Valle; Henrique Lott; Eduardo Gomes

Anexo II

LEI Nº 10.258, DE 11 DE JULHO DE 2001.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 295 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 295

V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

.....

§ 1.º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.

§ 2.º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

§ 3.º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

§ 4.º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.

§ 5.º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum”
(NR)

Art. 2.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de julho de 2001; 180.º da Independência e 113.º da República.

Fernando Henrique Cardoso; Paulo Tarso Ramos Ribeiro

Anexo III

LEI Nº 4.878, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1965

Dispõe sobre o regime jurídico peculiar dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal.

Da Prisão Especial

“**Art. 40.** Preso preventivamente, em flagrante ou em virtude de pronúncia, o **funcionário policial**, enquanto não perder a condição de funcionário, permanecerá em **prisão especial**, durante o curso da ação penal e até que a sentença transite em julgado.

§ 1.º O funcionário policial nas condições deste artigo ficará recolhido a sala especial da repartição em que sirva, sob a responsabilidade do seu dirigente, sendo-lhe defeso exercer qualquer atividade funcional, ou sair da repartição sem expressa autorização do Juízo a cuja disposição se encontre.

§ 2.º Publicado no Diário Oficial o decreto de demissão, será o ex-funcionário encaminhado, desde logo, a estabelecimento penal, onde permanecerá em sala especial, sem qualquer contato com os demais presos não sujeitos ao mesmo regime, e, uma vez condenado, cumprirá a pena que lhe tenha sido imposta, nas condições previstas no parágrafo seguinte.

§ 3.º Transitada em julgado a sentença condenatória, será o funcionário encaminhado a estabelecimento penal, onde cumprirá a pena em dependência isolada dos demais presos não abrangidos por esse regime, mas sujeito, como eles, ao mesmo sistema disciplinar e penitenciário.

§ 4.º Ainda que o funcionário seja condenado às penas acessórias dos itens I e II do Artigo 68 do Código Penal, cumprirá a pena em dependência isolada dos demais presos, na forma do parágrafo anterior”.

Art. 73. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 74. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 3 de dezembro de 1965; 144.º da Independência e 77.º da República.

H. Castello Branco; Juracy Magalhães

Ativismo judiciário: uma discussão acerca da nova postura do Poder Judiciário

Judiciary activism: a discussion on new position of the Judiciary Power

Monalisa Teixeira Silva

10.º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas.

e-mail: monalisateixeira@yahoo.com.br

Resumo: O ativismo judiciário tem se tornado um tema bastante polêmico entre a sociedade e os operadores do direito: questiona-se a atuação do Poder Judiciário frente às omissões deixadas pelo Legislador; procura-se entender se a atuação do Judiciário não estaria configurando uma ofensa ao princípio da Tripartição dos Poderes, formulado por Montesquieu. Assim, o presente artigo analisa o objeto da omissão legislativa no contexto da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, passando ao estudo das faces do ativismo judiciário e de uma das mais recentes amostras dessa atuação, que foi a questão da fidelidade partidária. Buscou-se analisar também os aspectos positivos e negativos que resultam dessa nova atuação, concluindo que o ativismo judiciário é necessário para que sejam efetivadas as aplicações das normas, e também para garantir os direitos da sociedade, podendo inclusive chegar a permitir um equilíbrio entre todos os poderes.

Palavras-chave: Ativismo Judiciário. Omissão legislativa. Poder Judiciário. Poder Legislativo.

Abstract: The judiciary activism showed to be a very polemic topic between society and the right operators: the actuation of the judiciary power behind the omissions left by the legislator are questioned; and one may try to understand if the actuation of the judiciary would not be an offense to the principle of the three powers formulated by Montesquieu. This way the present work analyzes the object of the legislative omission in the context of the declaratory action of unconstitutionality by omission and of the injunction mandate; and also proposes the study of the faces of the judiciary activism and of one of the most recent examples of this actuation: the matter of the party fidelity. We tried to analyze also the positive and negative aspects that come from this actuation, concluding that the judiciary activism is necessary to put the norms application into effect and also to guarantee the rights of society, what may promote a harmony among the powers.

Keywords: Judiciary activism. Legislative omission. Judiciary Power. Legislative Power.

1. Introdução

Recentemente uma questão polêmica ganhou espaço nos mais diversos meios de comunicação. O Congresso e o cenário político como um todo depararam com uma

série de escândalos e CPIs, que conturbaram a sua agenda, atrasando votações e projetos de leis que demandavam certa urgência. Em meio a tanta morosidade, o Poder Judiciário, representado pela sua corte maior, o Supremo Tribunal Federal, viu-se obrigado a decidir sobre algumas questões de responsabilidade do Poder Legislativo que clamavam por uma solução rápida e eficaz.

Essa nova postura do Poder Judiciário é denominada de “Ativismo Judiciário”, e ocorre quando o judiciário depara com uma omissão do Legislativo e é chamado para regulamentar determinada matéria que já deveria ter sido regulada pelo Poder Legislativo. Esse ativismo judiciário praticado pelo Poder Judiciário tem gerado algumas indagações, as quais serão objetos do presente trabalho.

Assim, buscaremos entender o termo denominado de “ativismo judiciário”, analisando a teoria da tripartição dos poderes, bem como os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, traçando considerações acerca da omissão legislativa e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Estudaremos também o instituto do mandado de injunção, contemplando as faces do ativismo judiciário e a fidelidade partidária à luz do que chamamos de ativismo judiciário, traçando aspectos positivos e negativos desta conduta.

2. Breves considerações acerca do Ativismo Judiciário

O ativismo judiciário pode ser entendido como um fenômeno de intensificação da ação do Poder Judiciário, pois está voltado para a concretização de direitos e demandas sociais, por meio da interpretação principiológica. O ativismo judiciário tem se mostrado como uma evolução natural das democracias modernas.

No sentido filosófico, o termo ativismo pode ser descrito como qualquer doutrina ou argumentação que privilegie a prática efetiva de transformação da realidade em detrimento da atividade exclusivamente especulativa.

O ativismo judiciário ficou consagrado nos Estados Unidos, no início dos anos 1970; contudo, tal ideia veio da França, onde o ativismo judiciário já havia sido sufocado e nunca mais ressuscitou. De acordo com Luiz Guilherme Marques¹, a mais antiga manifestação de ativismo judiciário ocorreu na França, no período em que o Rei Luís XVI era questionado pelos membros do Judiciário da instância superior.

¹ MARQUES, Luiz Guilherme. *O ativismo Judiciário brasileiro e o modelo americano*. Disponível em http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalhe&art_id=1056. Acessado em: 10 nov. 2007.

Nos Estados Unidos, a ideia destacou-se no período em que John Marshall foi presidente, pois o princípio do ativismo, de conceder certa autonomia ao Poder Judiciário, constituiu em seu estandarte.

A atividade do Legislativo nos Estados Unidos é restringida ao mínimo, sendo que a sua atividade de legislar só é exercida nos assuntos relevantíssimos; do contrário, tudo é deixado por conta do Judiciário, sendo que ele é o responsável pela criação e modificação do Direito quando se diz respeito a temas de importância não tão grave.

No entanto, no Brasil, acredita-se que a atuação do Poder Judiciário e sobretudo do Supremo Tribunal Federal, sua cúpula maior, não passa de uma adesão ao modelo americano da *Common Law*, em que não há a intenção declarada de disfarçar ou desmerecer o Legislativo. Para melhor entender um pouco do que chamamos de “ativismo judiciário”, far-se-á necessário tecer algumas considerações, conforme veremos adiante.

3. A Teoria da Tripartição dos Poderes

A separação dos poderes, também chamada de tripartição dos poderes, segundo muitos autores, foi primeiramente formulada por Aristóteles (DALLARI, 1995. p.186), que isolou o funcionamento do complexo estatal em tipos de atos: deliberações sobre assuntos de interesse comum, organização de cargos e magistraturas e atos judiciais. A teoria de Aristóteles posteriormente foi reformulada por Montesquieu (2000), que pregava que qualquer atividade estatal deveria estar precedida de normas abstratas e gerais, chamadas de leis. Para Montesquieu os atos concretos só seriam legítimos se fossem embasados com fundamento nas normas gerais.

Também foi prevista uma terceira função, denominada de função judiciária, que deveria apontar soluções para as divergências oriundas da aplicação das leis. Para Montesquieu, as funções deveriam corresponder a órgãos distintos e autônomos, de forma que um não recebesse ordens do outro, mas que todos fossem encarregados tão-somente de desempenhar a função que lhe emprestou o nome.

No entanto, hoje, vivenciamos uma flexibilização na teoria elaborada por Montesquieu, pois é visível a interferência de determinado poder no exercício de funções que deveriam caber a outro.

O princípio da separação dos poderes está presente em nosso ordenamento desde o Código Político de 1824, sendo que a Constituição do Império adotava a separação quadripartita de poderes, segundo a formulação de Benjamim Constant (BONAVIDES, 1993, pp. 228 e ss.), que divide os poderes em Moderador, Legislativo, Executivo

e Judiciário. As demais constituições assumiram a teoria tripartida de Montesquieu, sendo que a Constituição de 1988 diz no artigo 2.º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Para ressaltar a importância deste princípio e a sua insuprimibilidade, a Carta Magna vigente ainda trata da separação dos poderes no seu artigo 60, §4º, III como uma das matérias insuscetíveis de serem objetos de emenda constitucional.

A separação dos poderes tornou-se um dogma constitucional. Até mesmo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 16, declara que não seria possível uma sociedade que não assegurasse a separação de poderes ter uma constituição.

José Afonso da Silva (2006, p. 109) preceitua que hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs uma nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e deste com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *harmonia dos poderes*.

A harmonia entre os poderes é regida por normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. Cabe ressaltar ainda que a divisão de funções entre órgãos do poder não são absolutas. Existem interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema que busca o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade, indispensável para evitar o arbítrio de um e o desmando de outro.

4. A divisão dos Poderes

4.1. O Poder Legislativo

O Poder Legislativo teve origem na Inglaterra, quando os representantes da nobreza e do povo procuravam limitar a autoridade absoluta dos reis. Rousseau (1978b, p. 15-145) teve uma importante contribuição com a sua teoria da soberania, que dizia que a soberania residia no povo, que a exprimia por meio da lei. Não podendo votá-la diretamente, a comunidade elege representantes, ou parlamentares, que atuam em seu nome.

No Brasil, vigora o bicameralismo federativo, ou seja, o Poder Legislativo em âmbito federal é bicameral, isto é, composto por duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. A Câmara dos Deputados é composta por representantes do povo

e o Senado Federal é composto por representantes dos Estados-membros e do Distrito Federal.

O artigo 44 da Constituição Federal dispõe que “o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”. A função primordial do Poder Legislativo é a de legislar. O Legislativo é encarregado da elaboração de normas genéricas e abstratas dotadas de força proeminente dentro do ordenamento jurídico, que se denominam leis.

Contudo, cabe ressaltar que nem todos os atos produzidos pelo Legislativo são leis. Este Poder, secundariamente administra e julga, sendo tais funções denominadas de atípicas. A função de administrar ocorre quando promove cargos de sua estrutura ou atua no poder de polícia. A função de julgar ocorre quando são decididos sobre os crimes de responsabilidade (exemplo: artigo 52 e 86 da CF, quando julga os Ministros do STF e membros dos Conselhos Nacionais de Justiça). Muito embora tais funções sejam denominadas de atípicas, elas encontram previsão no artigo 52 da Constituição Federal, e são assim denominadas porque não são próprias nem inerentes à atribuição do Legislativo.

Algumas normas, conforme explica Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 359), por não serem provenientes do Poder Legislativo, não podem ser chamadas de leis, como é o caso das medidas provisórias (art. 62 da CF) e regulamentos (art. 84, IV da CF). Tais normas são consideradas gerais e abstratas.

4.2. O Poder Executivo

O Poder Executivo é o poder encarregado de praticar atos de chefia de Estado, governo e atos de administração. De forma bem atípica, o Poder Executivo também legisla, por meio de medida provisória, e julga quando necessário, como por exemplo, no “contencioso administrativo”, exercido em caso de defesa de multa de trânsito.

As atribuições do Poder Executivo devem estar sempre em harmonia com os demais poderes. Gilmar Mendes *et al.* (2008, p. 905) expõem que a designação de Poder Executivo acaba por descrever uma forma acanhada: as funções desempenhadas transcendem a mera execução da lei, uma vez que além de executar a lei, o Poder Executivo ainda exerce certo predomínio na vida política nacional, abrangendo funções de administração e governo.

Hoje, diante das exigências do Estado, o Poder Executivo ocupa uma posição

ímpar frente aos demais poderes. Cabe ao Executivo tomar decisões com celeridade e governar, sempre atento a que o termo “governar” vai além de simplesmente administrar.

4.3. O Poder Judiciário

O Poder Judiciário é o poder que mais se singulariza com referência aos demais Poderes; sua função típica é aplicar a lei ao caso concreto, usando da autoridade e coisa julgada, o que torna as decisões judiciais imutáveis. O Poder Judiciário encontra-se disciplinado na Constituição Federal nos artigos 92 a 126, e é o Poder incumbido de compor os conflitos de interesses em cada caso concreto.

A atuação do Poder Judiciário se dá através da jurisdição, que se realiza por meio de um processo judicial. Grosso modo, podemos dizer que o Poder Judiciário é quem aplica os critérios e leis que foram elaboradas pelo legislador. A lei dirige-se indistintamente a todas as pessoas, não dá nada a ninguém especificamente, confere a todos um direito abstrato, sendo que o que se encontrar na situação de fato descrita na lei terá um direito subjetivo ao objeto nela encontrado.

Com já dito quanto aos outros Poderes, o Poder Judiciário também exerce funções atípicas, quando, por exemplo, edita atos de conteúdos normativos, como portarias e resoluções, para suprir as suas necessidades internas.

Dentro de todo o contexto que envolve a teoria da Tripartição dos Poderes, é necessário compreender que o Estado se adapta às necessidades que vão surgindo, de forma que em muita das vezes, para se ter uma solução rápida, é necessário que um poder atue paralelamente junto a outro, colaborando no sentido de que as necessidades sejam supridas com a maior rapidez possível. Foi dentro de todo esse contexto que surgiu o chamado “ativismo judiciário”, que visa a suprir uma lacuna ou omissão deixada pelo legislador.

5. Algumas considerações acerca da Omissão Legislativa e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão envolve o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões que estão ligadas à eficácia das normas constitucionais. No entanto, deve ser ressaltado que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ainda desafia a angústia do jurista,

que busca uma solução do problema por intermédio do processo constitucional.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o mandado de injunção, este último inovação da Constituição Federal de 88, não foram precedidos de estudos criteriosos, embora já exista um grande esforço para descobrir a real utilidade de tais institutos.

A Corte Constitucional alemã reconhece que o legislador haveria de dispor de um prazo razoável para adaptar o direito ordinário à nova ordem constitucional, reconhecendo como ainda constitucional o direito anterior, que deveria ser aplicado nessa fase de transição. No Brasil, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ainda tem uma aplicação muito restrita.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão se destina à defesa da ordem jurídica. Os órgãos incumbidos de propor essa ação agem como um “advogado do interesse público” (MENDES, *Op. Cit.*, p. 1181), uma vez que defendem um interesse da coletividade.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa a controlar a morosidade dos órgãos legislativos, sendo que o artigo 103, §2.º da CF, estabelece que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa a dar ciência ao Poder competente, para que este possa efetivar uma norma constitucional, tomando as providências necessárias. Ressalte-se ainda que se a omissão for proveniente de um órgão administrativo, será concedido um prazo de 30 dias, para que este tome as providências necessárias, editando a norma necessária para suprir a omissão existente.

Deve-se ter em mente que a função da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não é apenas de editar normas que regulamentem as mais diversas situações, mas sim, de proporcionar que tais normas sejam legitimadas, mediante a aprovação por órgãos democraticamente eleitos.

Para que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão exista, é essencial que antes haja uma omissão legislativa, pois o Poder Legislativo é o destinatário final de tal ação, que deverá desencadear o processo legislativo. Desencadeado o processo legislativo, o Supremo Tribunal Federal entende que não poderá se cogitar em omissão inconstitucional do legislador².

Contudo, é necessário entender que apesar de alguns casos exigirem um pouco mais de complexidade, tal motivo não pode justificar a conduta desonrosa e negligente que muitas vezes é praticada pelo Poder Legislativo.

² Nesse sentido, ADI 2.495, Rel. Ilmar Galvão, julgada em 02.05.2002, DJ de 02.08.2002.

A inconstitucionalidade por omissão ocorrerá quando a mora do legislador for reconhecida. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão existe porque um dever de legislar não foi cumprindo com a observância que determinou a Carta Magna.

A omissão do legislador pode ser absoluta, que ocorre quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada; ou parcial, que ocorre quando atender parcialmente a vontade constitucional. Portanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão limita-se tão-somente a reconhecer a inadimplência do dever constitucional de legislar, apesar de estar sendo verificado que se os requisitos para a concessão da cautelar estiverem presentes, a medida cautelar poderá ser deferida pelo julgador.

Quando a morosidade do legislador for reconhecida, o Tribunal deverá dar ciência da decisão ao órgão que se mostrou moroso, conforme estabelece o artigo 103, §2.º da CF. Se a omissão parcial de uma norma for reconhecida, a decisão que a reconhecer terá efeito *erga omnes*, ou seja, todos estarão sujeitos aos efeitos da decisão e conseqüentemente, será retirada a obrigatoriedade e aplicação da norma.

6. Considerações sobre o Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção é uma inovação da Constituição de 88, que prevê em seu artigo 5.º, LXXI, “a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Quando for reconhecida a procedência do Mandado de Injunção, o órgão legislativo deverá ser informado da decisão para tomar as providências cabíveis, sendo que, se a omissão for de órgão administrativo, este estará obrigado a suprir a lacuna no prazo de 30 dias.

O Mandado de Injunção tem sido objeto de grandes divergências na doutrina: alguns sustentam que as regras que instituíram o Mandado de Injunção não são suficientes para possibilitar a sua aplicação, pois a sua utilização fica condicionada à regulamentação de regras processuais regulamentadoras; já outros doutrinadores, como José Afonso da Silva (*Op. Cit.* p. 450-452), acreditam que competiria ao juiz proferir a decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão. Porém, ainda existem outros doutrinadores que acreditam que a decisão proferida pelo juiz ainda poderia conter uma regra geral, que pudesse ser apli-

cada a todos os casos semelhantes. No entanto, se adotada, essa corrente teria fortes semelhanças com a atividade legislativa, uma vez que o Tribunal poderia vir a editar normas abstratas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p. 321-322) entende que o mandado de injunção destina-se tão-somente a aferir a existência de omissão que impede o exercício de um direito constitucionalmente assegurado. Sendo assim, as decisões que o Supremo Tribunal Federal profere no mandado de injunção e no processo de controle abstrato da omissão são de caráter obrigatório ou mandamental.

Foram propostas inúmeras ações de Mandado de Injunção perante o STF, fazendo com que este não só apreciasse a questão relativa à imediata aplicação desse instituto, independentemente da promulgação de regras processuais próprias, como também que decidisse sobre o significado e a natureza desse instituto na ordem constitucional brasileira.

É certo que o Mandado de Injunção é o não-cumprimento de um dever constitucional de legislar que, direta ou indiretamente, afeta direitos constitucionalmente assegurados.

Qualquer pessoa física ou jurídica é parte legítima para impetrar mandado de Injunção, desde que, em razão da omissão normativa, esteja impossibilitada de exercer um dos direitos protegidos pelo inciso LXXI do artigo 5.º da Constituição Federal. É possível, inclusive, o Mandado de Injunção coletivo, quando proposto por entidade associativa na defesa dos interesses de seus filiados.

O que tem acontecido atualmente é que mesmo sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o STF afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, quando o assunto é o Mandado de Injunção. Antes o STF se limitava apenas a reconhecer a omissão do legislador, sem se interessar em efetivar soluções; hoje o Mandado de Injunção tem a sua real utilidade aplicada, ou seja, os magistrados estão criando normas provisórias e suprimindo a ineficiência do Poder Legislativo.

Tem surgido uma nova compreensão desse instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial, que pode ser percebida por meio das decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 283 (Rel. Sepúlveda Pertence), 232 (Rel. Moreira Alves) e 284 (Rel. Celso de Mello). Tais decisões indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, como essa denominação é utilizada no direito italiano.

O Supremo Tribunal Federal, quando se pronunciou acerca dos primeiros man-

dados de Injunção que foram impetrados, equiparou este à inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2.º da CF). Logo após, no julgamento do Mandado de Injunção 107, surgiu uma grande indagação sobre a aplicabilidade do Mandado de Injunção, mas a Corte acabou decidindo que a Constituição Federal não é expressa no dizer que cabe ao Judiciário suprir a omissão da norma regulamentadora, legislando, ainda que provisoriamente.

7. As faces do Ativismo Judiciário

O ativismo judiciário seria o resultado de uma evolução social, política e cultural de nossa época, dado que este processo tem sido sempre reflexo das sociedades em certos períodos. Hoje, após o enfraquecimento da teoria de Montesquieu, muitos sustentam que os Poderes somente se definem sob o ponto de vista formal ou orgânico, pela estruturação e competência que lhes tenha dado determinada organização constitucional.

Tem-se acreditado que as constantes oscilações do Judiciário, através do ativismo judicial, poderão levar à falência de certos institutos, como o mandado de injunção, uma vez que o mesmo tem índole meramente mandamental de fazer com que o legislador ou a autoridade competente do Legislativo ou Executivo providencie a edição da norma regulamentadora no prazo assinado sob pena de mora legislativa, ou do contrário, em caso de omissão, a regulamentação será suprida pelo próprio judiciário, de acordo com o caso concreto.

Evandro Gueiros Leite (1999, p. 25-55) esclarece que muito se tem especulado sobre o papel do Judiciário, que estaria deixando de ser intérprete e aplicador das normas para ser o feitor das normas, confundindo-se a função judiciária com a legislativa. O certo é que o Poder Judiciário como um todo passou a adotar uma postura ativa, buscando aplicar e interpretar o direito, dando concretude aos princípios que regem o ordenamento e fornecendo uma resposta que atenda à sociedade, em suas questões mais relevantes.

Leandro Fortes³ assinala em seu artigo a opinião do jurista Dalmo Dallari, que afirma que a maior presença do Supremo no cenário político hoje é consequência de “falhas graves” do Poder Legislativo. Afirma ainda que o Legislativo é omissor, muitas

³ FORTES, Leandro. *O parlamento de Toga*.

Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/imprensa>. Acesso em 07 mar. 2008.

das leis criadas são inconstitucionais e decisões são tomadas por critérios políticos, em função de interesses imediatos.

Muitas das vezes o Supremo Tribunal Federal tem abandonado a sua postura conservadora e se antecipado ao legislador, como foi o caso da oficialização da união estável entre homem e mulher, mesmo sem a necessidade de se casarem formalmente, como a lei ordena. Foi o Supremo que reconheceu primeiro essa união, que posteriormente foi aprovada pelo Congresso.

Outros casos também ocorreram quando STF ordenou ao Congresso que instalasse uma CPI sobre a polêmica que provocou grandes danos políticos ao governo. Mesmo com todas as assinaturas necessárias para instalar a CPI dos Bingos, a oposição teve de recorrer ao Supremo Tribunal Federal para garantir as investigações. Alguns meses após ter ocorrido tal fato, a base do governo tentou impedir a instalação da CPI do Apagão Aéreo. Novamente, oposição e governo não chegaram a um acordo, tendo sido necessária nova intervenção do Supremo Tribunal Federal.

Há quem sustente que toda essa mudança no Poder Judiciário se deve ao fato de que, com a eleição do presidente Lula, houve uma grande mudança no perfil político-ideológico do STF, uma vez que o presidente Lula indicou 7 ministros em apenas quatro anos e meio de mandato.

Torna-se evidente que todas essas mudanças ocorreram depois de passados vinte anos da promulgação da Constituição Federal. Após a promulgação da Constituição fazia-se necessária a regulamentação de inúmeras leis; no entanto, passado tanto tempo, o Congresso nada fez. Como certas leis são imprescindíveis ao bom desenvolvimento da sociedade, e nada foi feito, o Poder Judiciário se viu obrigado a preencher as lacunas deixadas pelo legislador.

Acredita-se que o ativismo judiciário seja mais um dos frutos do Estado Democrático de Direito, uma vez que o vínculo existente entre a democracia e o ativismo vem sendo denominado de “judicialização da política”, que nada mais é que a expansão dos Tribunais, conforme expõe Gisele Cittadino (2004, p. 106).

A ministra do Supremo Tribunal Federal, Hellen Gracie Northfleet⁴, disse em recente entrevista que a judicialização da política resulta da dificuldade de obter consenso no Legislativo. A ministra disse ainda que seria mais confortável para o STF não ter que lidar com esse tipo de dificuldade, mas às vezes as questões que se arrastam no

⁴ GRAIEB, Carlos. Fé na Justiça. *Revista Veja*. São Paulo, ed. 2051, ano 41, n. 10, p. 11-15, mar. 2008.

Congresso deságuam no Judiciário. Na visão da ministra, o Judiciário ainda continua sendo um poder inerte, que só age quando provocado pelas vias legais, e o ativismo seria o resultado da dificuldade de se obter consenso sobre certos temas no plano do Legislativo.

8. A legitimidade das decisões do Poder Judiciário

Primeiramente, faz-se necessário esclarecer que legitimidade e legalidade são institutos diferentes, muito embora estejam diretamente ligados. Na legitimidade existe a presunção de que o povo já autorizou o Estado a elaborar determinadas leis e as impor ao grupo social. Portanto, os atos praticados em conformidade com a lei possuem presunção de legitimidade.

Bem sabemos que no nosso ordenamento jurídico, o titular do poder político é o povo (CF art. 1.º, parágrafo único), sendo que é o povo que atribui ao Estado, mediante seus órgãos, a capacidade de criar e impor as condutas. Porém, todos os atos praticados pelo Estado devem estar de acordo com o que prevê a Constituição Federal, sob pena de não serem válidos. Se tal penalidade não existisse, a vontade do povo, que é o detentor do poder, estaria sendo afastada. Assim, a atuação do Poder Judiciário será legítima na medida em que este atuar em conformidade com a vontade do povo.

O Poder Político é uno, decorrente da soberania popular, pois os membros dos Poderes Executivo e Legislativo chegam ao poder por meio de eleição direta, sendo que de tempos em tempos ocorrem novas eleições para que o povo possa escolher novos representantes.

No que tange ao Poder Judiciário, a indicação dos representantes não se dá da mesma forma, não há a participação popular. Contudo, a falta de participação do titular do poder não retira totalmente do Judiciário a legitimidade, pois este modo de escolha está definido no texto constitucional. Trata-se de um modo de indicação totalmente legal.

Os juízes de primeiro grau ingressam no cargo por meio de concurso público, ou seja, através de mérito no acesso (art. 93, I da CF). Nos Tribunais, também não há a participação popular na escolha de seus integrantes, os mesmos são escolhidos por pequenas castas sociais, sendo que tal composição também tem amparo legal na Constituição.

A escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal se dá por interferência do Executivo e Legislativo. O Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 101 da

Constituição Federal, é composto por onze ministros, que são escolhidos dentre os cidadãos com mais de 35 anos e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Os ministros são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, embora bem saibamos que ultimamente o Senado apenas vem homologando tais indicações. Portanto, todas as decisões do Poder Judiciário possuem “menor carga” de legitimidade do que as decisões dos Poderes Executivo e Legislativo, devido à forma de escolha dos representantes que ocupam os cargos do Poder Judiciário.

Segundo Agapito Machado Júnior⁵, a decisão judicial é fruto da função jurisdicional, de forma que o Poder Judiciário deverá dar ao jurisdicionado aquilo que o ordenamento jurídico lhe proporciona, mas impede que consiga com as próprias forças.

Acredita-se que a missão principal do Supremo Tribunal Federal em suas decisões é assegurar a efetividade das normas constitucionais. As decisões só serão legítimas quando assegurarem os direitos fundamentais e a eficácia constitucional. Todos os critérios que forem embasar as decisões a serem tomadas pelo Poder Judiciário devem ser jurídicos, pois do contrário, se tais critérios forem estranhos à Constituição ou ao ordenamento jurídico, haverá uma distorção na missão do STF e conseqüentemente, o afastamento da legitimidade que acompanhará a decisão.

9. O Ativismo Judiciário e a Fidelidade Partidária

Após deparar com mais uma omissão do Legislativo, o Poder Judiciário se viu obrigado a se pronunciar acerca da fidelidade partidária, que surgiu após um período conturbado e com muitos escândalos no meio político.

Consultado pelo Partido da Frente Liberal (PFL), hoje atual Democratas, o Tribunal Superior Eleitoral se viu obrigado a editar em 2007, a Resolução n.º 22.610, que regulamenta as hipóteses de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária. Frente à consulta formulada pelo partido, o TSE não teve alternativa a não ser solucionar de uma vez por todas esse problema que havia estado em debate anteriormente no Judiciário. Na consulta que foi formulada ao TSE, o Partido Democratas buscava saber se, no caso das eleições proporcionais (deputados estaduais e federais), os mandatos pertenceriam aos partidos ou aos candidatos eleitos.

⁵ MACHADO JÚNIOR, Agapito. A legitimidade do Poder Judiciário e a função de constitucional do Supremo Tribunal Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n.965, 23 fev. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/testo.asp?id=7992>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

O TSE, pela Resolução n.º 22.610, entendeu que os mandatos pertenciam ao partido, uma vez que para ser eleito, o cálculo utilizado é o do quociente eleitoral, que considera a votação total das siglas, ou seja, o cálculo de quantas cadeiras serão ocupadas pelo partido se dá com base nos votos obtidos pelo partido. O TSE ainda esclareceu que o motivo de tal decisão era porque para que um candidato seja eleito, primeiro se faz necessária a filiação em um partido, ademais, o mandato para o partido significa a sua representação na casa onde obteve o número suficiente de votos para ocupar a cadeira.

O TSE alegou ainda que tal entendimento não era nenhuma inovação, pois a decisão teria amparo legal e constitucional, no artigo 14, §3.º, V e art. 17, §1.º, contando ainda, com amparo legal no artigo 2.º, art. 108, art. 175, §4.º, art. 176 do Código Eleitoral, art. 26 da Lei 9.096/95, art. 11, II da Lei 9.504/97.

Respondida a consulta, os partidos PPS, PSDB e DEM fizeram um requerimento ao Presidente da Câmara dos Deputados, Arlindo Chinaglia, requerendo a vacância de 23 deputados que mudaram de partido a partir das eleições de 2006, até maio de 2007, requerendo ainda que tais cadeiras fossem ocupadas imediatamente pelos suplentes. O Presidente da Câmara dos Deputados indeferiu tal pedido. Então, os partidos recorreram ao STF, para que este decidisse sobre a polêmica levantada.

O STF confirmou a decisão proferida pelo TSE, entendendo que no caso das eleições proporcionais, o mandato pertenceria ao partido, dizendo ainda que o direito dos partidos e das coligações à vaga no Poder Legislativo é extraído da própria Carta Magna e que a fidelidade partidária deveria ser aplicada somente aos que trocaram de partido a partir de 27/03/2007.

Tais decisões ainda continuaram causando grande polêmica, uma vez que alguns defendiam que o Tribunal Superior Eleitoral não tinha competência para editar tal regulamentação, e que estaria violado o princípio da separação dos poderes expresso no artigo 2.º da Constituição Federal.

Apesar de o artigo 23 do Código Eleitoral permitir a atuação do TSE no sentido de responder questões que afetam o direito eleitoral e expedir instruções para a execução da referida lei, alguns entendimentos foram categóricos em declarar que houve uma invasão na competência privativa da União estampada no artigo 22, I da Constituição Federal. No entanto, existe outro posicionamento que entende que a decisão tomada não trata de invasão de competência, mas, sim, de uma decisão que veio para fortalecer a democracia, pois o tribunal ainda executou o seu poder normativo legal-

mente garantido.

Letícia Pimenta Madeira Santos⁶ expõe que, no caso da decisão tomada pelo TSE e STF, o ativismo judiciário não significa de maneira alguma uma lesão à separação dos poderes, já que a atuação do Poder Judiciário se deu no sentido de conjugar a sua qualidade de destinatário dos comandos constitucionais e, ao mesmo tempo, de aplicador das mesmas, uma vez que estas condutas foram submetidas à sua análise e caberia ao Judiciário solucionar tais questionamentos.

Mesmo com diferentes posicionamentos, o que não é negado entre todos é que a regulamentação da fidelidade partidária foi mais um fruto do ativismo judiciário, e que tal medida se fazia necessária, pois se tratava de uma preocupação da população brasileira, que ainda não tinha sido resolvida devido à inércia do Poder Legislativo.

10. Aspectos positivos e negativos do Ativismo Judiciário

Muito embora ainda se trate de um tema novo no cenário do Judiciário e em toda conjuntura que envolve o processo de elaboração de normas e omissões do Poder Legislativo, já é perfeitamente possível traçar alguns aspectos positivos e negativos das condutas oriundas do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário se faz representar por sua cúpula maior, que é o Supremo Tribunal Federal, que não tem dado sinais de cansaço da sua postura ativista; pelo contrário, o ativismo judiciário continua crescendo em cada Tribunal. Isto pode até ser benéfico, uma vez que agindo assim, o Judiciário tem a possibilidade de encobrir as lacunas e deficiências deixadas pelos encarregados de legislar e fazer com que estes se atentem para o fato de que é necessário levar mais em conta a Constituição. Enquanto o Legislativo tarda no processo de elaboração das leis, o Poder Judiciário se encarrega da aplicação das leis e as adapta de acordo com os reclamos da sociedade e em conformidade com a modernidade.

Acredita-se também que as decisões do Poder Judiciário podem ser mais benéficas por não se apresentarem com o intuito de conquistar votos. O Poder Judiciário não exerce função política, mas, sim, a de assegurar a todos os cidadãos a efetivação das normas e direitos assegurados constitucionalmente.

⁶ SANTOS, Letícia Pimenta Madeira. A regulamentação da fidelidade partidária à luz do ativismo judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1748, 14 abr. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aps?id=11156>. Acesso em: 11 ago. 2008.

No entanto, apesar do ativismo judiciário apresentar benefícios, também sobram espaços para as críticas. Muitos se manifestam no sentido de que essa nova postura do Judiciário pode contaminar os membros do Poder Judiciário, fazendo com que atuem com base em critérios estranhos à Constituição, invadindo a competência dos demais poderes, podendo tornar a atuação totalmente ilegítima, inclusive chegando a corromper o julgador. Ademais, ainda existe quem acredite que, por não ser um Poder eleito, as decisões do Judiciário nem sempre conseguirão atingir e agradar a todos os anseios da população.

Outro aspecto que alguns doutrinadores consideram como extremamente negativo é que quando o Judiciário é chamado para responder às emergências do Congresso, faz com que julgamentos importantes, que dizem respeito à vida extrapolítica, sejam adiados, aumentando ainda mais a sensação de morosidade da justiça.

11. Considerações finais

O ativismo judiciário é mais um dos frutos do estado democrático de direito, pois permite que seja exercida uma conduta positiva, garantindo a aplicação do texto constitucional de maneira a evitar abusos deixados pela omissão.

Apesar de inúmeras críticas, o ativismo judiciário tem sido bem aceito pela sociedade, principalmente nos casos em que há uma omissão do Congresso, pois a conduta ativista supre as lacunas deixadas pelo legislador e coloca freio na feitura de normas mal elaboradas. A postura adotada pelo Poder Judiciário busca completar a Constituição, exercendo assim, a sua função mais nobre.

Diante do novo contexto da Teoria da Tripartição dos Poderes, em que já é possível falar até em harmonia entre os poderes, o ativismo não apresenta lesão ao referido princípio; pelo contrário, o Judiciário procura é efetivar a aplicação das normas de acordo com as condutas concretas que são submetidas a sua análise, chegando até a proporcionar um equilíbrio entre os poderes.

A Constituição não veda expressamente a conduta dos julgadores como legisladores positivos, mas também não traz nenhuma previsão expressa que autorize ao Poder Judiciário suprir omissões deixadas pelo legislador, a não ser no caso do mandado de injunção, em que o julgador é autorizado a criar normas provisórias para suprir a omissão do legislador.

Entendemos que a conduta do Poder Judiciário é totalmente legal e não interfere na competência dos demais poderes, desde que aquele atue em conformidade com o

princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, agindo somente dentro do caso concreto em que for chamado para se manifestar.

Ademais, é necessário ressaltar que a sociedade não pode ser prejudicada em virtude da omissão e da incompetência de certas autoridades públicas, por causa de uma visão arcaica do princípio da separação dos poderes. Portanto, quando o Judiciário se deparar com uma lacuna, se a mesma não for suprida pelo Poder competente, é papel do judiciário suprir a omissão, uma vez que o Poder competente para legislar depois de passados 20 anos da promulgação da Constituição ainda não conseguiu suprir todas as lacunas deixadas pelo constituinte.

A criatividade judicial não pode ser vista como um defeito, mas como uma qualidade e obrigação do Poder Judiciário que, além de garantir a aplicação da lei, ainda deve atuar de forma que atenda aos reclamos da sociedade.

Referências Bibliográficas

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo, Malheiros, 1993.
- BRASIL, Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado, 1988.
- CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia*. *Alceu*, vol. 5, n. 9, p. 105-113, dez. 2004.
- DALLARI, Dalmo Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FORTES, Leandro. *O parlamento de Toga*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/imprensa>. Acesso em 07 mar. 2008.
- GRAIEB, Carlos. Fé na Justiça. *Revista Veja*. São Paulo, ed. 2051, ano 41. n. 10, p. 11-15, mar. 2008.
- LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo Judicial*, in: *STJ: dez anos a serviço da justiça: doutrina*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 55.
- LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MACHADO JÚNIOR, Agapito. A legitimidade do Poder Judiciário e a função de constitucional do Supremo Tribunal Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 965, 23 fev.

2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/testo.asp?id=7992>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

MARQUES, Luiz Guilherme. *O ativismo Judiciário brasileiro e o modelo americano*. Disponível em http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalhe&art_id=1056. Acessado em: 10 nov. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROUSSEAU, J.-J. 1978b. *Do contrato social*. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, pp. 15-145. (Col. "Os Pensadores").

SANTOS, Letícia Pimenta Madeira. A regulamentação da fidelidade partidária à luz do ativismo judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1748, 14 abr. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11156>. Acesso em: 11 ago. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

Conflito de competência administrativa em sede do licenciamento ambiental brasileiro

Conflict of administrative competence in Brazilian environmental licensing

Nayane Lorene de Camargos

10.º período de Direito da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas.

e-mail: nacamargos@yahoo.com.br

Resumo: O meio ambiente, bem de uso comum, é tema que merece especial atenção, considerando o grande remanescente encontrado no Brasil e a devastação cada vez mais frequente do mesmo. Para tanto, a Constituição da República de 1988 estabeleceu, em seu artigo 23, a competência comum administrativa aos entes federativos de proteger e preservar o meio ambiente, bem como combater a poluição em qualquer de suas formas, sendo que o parágrafo único deste artigo estabelece que leis complementares fixarão normas de cooperação para o exercício dessa competência. Entretanto, tal norma ainda não foi promulgada, o que faz com que União, Estados, Distrito Federal e Municípios, baseados apenas em legislações antigas e, algumas, questionáveis, engalfinhem-se em conflito de competência positivo e, por vezes, negativo. Dessa forma, o presente artigo cuida de discutir os problemas quanto ao licenciamento ambiental brasileiro, bem como apontar as irregularidades existentes. Na busca por respostas, conclui-se que o caminho mais viável é a regulamentação urgente da competência em matéria ambiental.

Palavras-chave: Competência administrativa. Direito ambiental. Artigo 23 da CR/88. Resolução 237 do CONAMA.

Abstract: The environment, of common use, is a theme that deserves special attention, considering the great remnant found in Brazil and the devastation that has been more frequent. This way, the 1988 Brazilian Constitution has established in its art. 23 the common administrative competence of federative entities to protect and preserve the environment, as well as to combat any kind of pollution. The single paragraph of this article establishes that complementary laws will fix norms of cooperation for the exercise of this competence. However such norm has not been promulgated, what makes Union, states, federal district and municipalities (based only in archaic laws, some of them unquestionable) come into conflict of positive, and sometimes negative, competence. Thus the present paper aims at discussing the problems related to the Brazilian environmental licensing, as well as pointing the existing irregularities. By searching for answers, we conclude that the most practicable way is an urgent regulation on the environmental matters.

Keywords: Administrative competence. Environmental right. Article 23 of 1988 Brazilian Constitution. CONAMA Resolution 237.

1. Introdução

O meio ambiente, durante séculos, não obteve importância e preocupação do ser humano, que utilizava abusivamente dos recursos naturais, acreditando na eternidade dos mesmos. Todavia, essa mentalidade foi alterada, com a percepção da constante degradação ambiental e sua influência negativa na qualidade de vida em nosso planeta. A preocupação com nosso ecossistema se espalhou, fazendo com que inúmeros países dessem bastante significância ao Direito Ambiental.

O Brasil, país com grande remanescente do acervo natural e detentor da maior biodiversidade já encontrada - o que atrai crescente atenção mundial - tem adotado medidas para proteção e preservação, tentando regular o desenvolvimento econômico sustentável.

Diferentemente das Cartas Magnas anteriores, a Constituição da República, promulgada em 1988, estabelece expressamente em seu artigo 23 a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI), bem como preservar florestas, a fauna e a flora (inciso VII), sendo que Lei Complementar fixaria normas para cooperação dos entes federados (parágrafo único).

Nesse sentido, qualquer empreendimento suscetível de gerar impacto ao meio ambiente deve, previamente, requerer licenciamento ambiental e adequar suas atividades de forma a minimizar danos ambientais emergentes e futuros.

Entretanto, há um grande ponto controvertido, que pode atrasar o desenvolvimento econômico, e até mesmo permitir, por meio de omissão, a degradação ambiental. Trata-se do conflito de competência administrativa, ora positivo, ora negativo, entre os entes federados.

Verifica-se tal conflito, por exemplo, nas situações em que, União, Estados e Municípios exigem simultaneamente licenças ambientais para uma mesma atividade, negando-se a emitir autorizações para determinado empreendimento já autorizado por outro ente federado, ou se omitem quanto a alguma situação degradadora, não-licenciada. Este trabalho buscará identificar os problemas existentes, tentando apontar uma alternativa possível.

2. Meio ambiente

Conceituar meio ambiente é de suma importância, pois delimita a expressão

mais precisamente e também caracteriza o objeto do Direito Ambiental.

No Direito brasileiro, o meio ambiente foi conceituado pela Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), que o considera, em seu art. 3.º, inciso I, “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. O meio ambiente é considerado, pelo art. 2.º da mesma lei, como “um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, *caput*, também esboça uma conceituação, ao afirmar 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”.

3. Breve análise da questão ambiental nas Constituições brasileiras

Em decorrência da crescente interferência humana no meio ambiente, fruto da atividade industrial e crescimento demográfico, a problemática ambiental foi inserida no ordenamento pátrio e ganhou status constitucional em 1988.

Diferentemente desta, as constituições precedentes não se preocuparam com o meio ambiente de forma específica e global, mas, sim, de maneira diluída e mesmo casual, referindo-se separadamente a alguns de seus elementos integrantes, ou então disciplinando matérias com ela indiretamente relacionadas (MILARÉ, 2007, p.112).

A Constituição de 1824 se limitou a proibir indústrias contrárias à saúde do cidadão (art. 179, XXIV).

O Texto de 1934 deu proteção às belezas naturais, ao patrimônio histórico, artístico e cultural (artigos 10, III e 148); conferiu à União competência em matéria de riquezas do subsolo, mineração, águas, florestas, caça, pesca e sua exploração (art. 5.º, XIX, j).

A Carta de 1937 preocupou-se com a proteção de monumentos, paisagens e locais especialmente dotados pela natureza (art. 134); incluiu na competência da União, legislar sobre minas, águas, florestas, caça, pesca e sua exploração (art. 16, XIV), subsolo e proteção das plantas e rebanhos contra moléstias e agentes nocivos (art. 18, alínea *a* e *e*). A Constituição de 1946, conservou como competência da União legislar sobre normas gerais da defesa da saúde, dentre outros.

A Carta de 1967 insistiu nas necessidades abordadas nas Constituições anterio-

res. O texto de 1969, emenda outorgada à Constituição de 1967, introduziu o vocábulo *ecológico* em textos legais. Já a Constituição de 1988 traz em seu corpo a consciência de que é preciso conviver em harmonia com a natureza, ideia esta traduzida na abrangência da tutela dispensada ao meio ambiente, não apenas no Capítulo VI do Título VIII, dirigido à Ordem Social – em que há uma maior concentração de dispositivos acerca do tema – mas também nas inúmeras outras regras inseridas no texto constitucional.

4. A competência administrativa em matéria ambiental

São elementos essenciais para a existência de um Estado federativo, em síntese, a descentralização política, que corresponde à repartição constitucional de competências, a participação da vontade das ordens jurídicas parciais na vontade criadora da ordem jurídica nacional e a possibilidade de autoconstituição.

A repartição de competências é fator crucial para a autonomia das entidades federativas. Tal distribuição é, como mencionado, fundamental no Estado Federal, pois seu núcleo é a repartição de *poderes* autônomos, entendendo-se por “poderes”, a porção de matérias distribuídas entre os entes federativos e que passam a compor seu campo de atuação governamental, suas áreas de competência.

“Competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções” (SILVA, 2005, p. 479).

Podemos classificar as competências em dois grandes grupos com suas subclasses; tal sejam: a competência material ou administrativa, que pode ser exclusiva (art. 21) e comum, cumulativa ou paralela (art. 23); e a competência legislativa, que pode ser exclusiva (art. 25 §§ 1.º e 2.º), privativa (art. 22), concorrente e suplementar (art. 24 § 2.º). Podem ser classificadas ainda quanto à forma, conteúdo, extensão e origem.

Por razões didáticas, somente a competência administrativa, objeto do trabalho, será abordada, sendo que a mesma confere ao Poder Público o dever ou a possibilidade de atuação material em áreas e matérias expressas na Constituição e o desempenho de atividades concretas. Ou seja, são verbos que estabelecem atos de fazer, manter, executar, explorar, emitir, administrar, organizar, por meio do exercício do poder de polícia. Ela tem natureza executiva, logo, corresponde à implementação das diretrizes, políticas e preceitos concernentes à temática ambiental.

Em relação ao nosso ordenamento jurídico constitucional, podemos apontar como competências administrativas as normas constantes do art. 21 do Texto Constitucional, em que se estabelecem as competências exclusivas da União, e as normas constantes do art. 23, em que se estabelecem as competências comuns dos entes federativos.

Na competência administrativa exclusiva, cada ente federativo tem seu campo de atuação próprio, excludente da atuação de qualquer outra entidade federativa. Tratam-se, pois, de competências indelegáveis, como os poderes enumerados à União e aos Municípios (respectivamente, arts. 21 e 30, I, da CF), quando a Constituição arrola especificamente a competência de cada ente estatal e os poderes reservados aos Estados, a quem são destinadas as competências que não forem atribuídas à União ou aos Municípios (art. 25, § 1.º, da CF).

Pela competência administrativa comum, União, Estados, Distrito Federal e Municípios detêm, concomitantemente, as mesmas competências, mencionadas no artigo 23 da Constituição Federal, que tratou de incluir a proteção ambiental, conforme se depreende do artigo, *in verbis*:

Art. 23. É de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

(...)

Parágrafo Único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional.

A competência legislativa dos Estados, quando já editada norma geral pela União, pressupõe obediência a esta, desde que a mesma esteja de acordo com a Constituição Federal. Tal situação é diversa perante a competência administrativa elencada pelo art. 23 do Texto Constitucional, em que não há hierarquia para a atuação dos entes federados. Dessa forma, a administração ambiental federal não é hierarquicamente superior à Estadual, bem como esta não o é perante a administração ambiental municipal.

No artigo citado, há uma lista de atividades que merecem atenção de todos os entes federativos, sendo que a forma efetiva de atuação de cada um deles dependerá de sua organização administrativa. Todos esses entes são autônomos, o que enseja que cada um deles possa ter sistemas de atuação diferenciados.

Entretanto, constata-se uma evidente dificuldade dos órgãos ambientais federais, estaduais e municipais em trabalharem em conjunto. Há falta de entendimento e discrepância de procedimentos, muitas aplicadas por três órgãos ambientais diferentes em razão da mesma infração e com valores extremamente diferentes.

Essa confusão é decorrente do fato de o art. 23 estabelecer uma série de competências comuns, o que faz com que diversas vezes as administrações dos entes federativos fiquem em dúvida sobre a quem deve recair a responsabilidade e, principalmente, como agir de forma coordenada e cooperativa para exercer adequadamente tais competências.

Antecipando tal situação, o parágrafo único deste artigo estabelece que lei complementar fixará normas para a cooperação.

As atribuições e obrigações dos Estados e dos Municípios, só a Constituição Federal pode estabelecer. O arcabouço do país tem que estar estruturado na lei maior que é a Constituição. Se leis ordinárias, se decretos, portarias ou resoluções, por mais bem intencionados que sejam, começarem a criar direitos e obrigações para os entes federados, subvertem-se totalmente os fundamentos da Federação (MACHADO, 2006, p. 108).

Neste sentido, “de acordo com o princípio da supremacia da Constituição, esta se coloca no topo do ordenamento jurídico de uma nação; todas as demais normas apenas serão válidas a medida que se conformarem com as normas constitucionais” (BELTRÃO, 2004, p. 10).

Ao menos que a própria Constituição Federal preveja expressamente, leis infraconstitucionais não podem repartir ou atribuir competências.

5. Da Política Nacional do Meio Ambiente

A Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, tem por objetivo a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando a assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da

vida humana, conforme preceituado no artigo 2.º do referido diploma legal.

Tal lei procurou inserir o sistema de licenciamento ambiental no território brasileiro, o que foi feito de forma gradativa, visto que alguns Estados já tinham um sistema. No art. 10, atribuiu suplementação administrativa inversa ao que se tem por costume ao prever que, se os Estados não intervierem adequadamente, a União deverá intervir para fazer o que ficou faltoso por parte dos Estados no campo ambiental, sendo competência originária da União as atividades com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrando do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

(...)

§ 4º. Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA – o licenciamento previsto no *caput* deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

Com o advento da CF/88 ficou claro que tanto a União e os Estados, quanto os Municípios podem legislar sobre a questão ambiental e instituir licenciamento próprio, conforme preceituado nos artigos 23, 24, incisos VI, VII e VIII que elencam a competência da União, Estados e Distrito Federal e no artigo 30 incisos I e II, a competência dos municípios. Observa-se também que o texto constitucional proclamou a autonomia dos diversos entes da Federação (arts. 1.º e 18), recepcionado a Lei 6.938/81 e estabelecendo que os entes devem partilhar as responsabilidades sobre questões ambientais.

Dessa forma, o art. 10 da Lei em questão não é e nunca foi a norma definidora da competência dos três níveis de Governo. Essa competência decorre diretamente da Constituição.

6. Da Resolução 237/97 do CONAMA

O CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), órgão consultivo e deliberativo do SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), criado pela Lei 6.938/81, tem

a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais, e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Tal órgão, na tentativa de solução do conflito de competência administrativa ambiental, procurou partilhar a mesma por meio da Resolução CONAMA 237 de 19.12.1997. Referido diploma legal altera parte da Resolução 001/1986 e regulamenta o licenciamento ambiental a que se refere o art. 10 da Lei 6.938/81, visando à integração dos órgãos competentes do SISNAMA.

Entretanto, a legalidade e constitucionalidade desta Resolução mostram-se por vezes questionadas. Nossas considerações serão limitadas aos problemas relativos à competência de outorga de tal licenciamento.

Em uma breve análise, a Resolução em questão, em seu art. 4.º, dispõe que compete ao IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), órgão executor, o licenciamento de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, merecendo destaque: as localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados e aquelas cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados. As atividades definidas no art. 5.º serão de competência do órgão ambiental estadual, sendo as localizadas ou desenvolvidas em mais de um Município e as cujo impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios. O art. 6.º estabeleceu que compete ao Município o licenciamento de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local. Já o art. 7.º determinou que o licenciamento deve se dar em um único nível de competência.

7. Do conflito normativo

Se a competência licenciatória foi estabelecida diretamente pela Constituição como sendo de todos os entes federativos, não pode o legislador ordinário estabelecer limites/ condições para que exerçam tal competência.

Está aí a inconstitucionalidade da Resolução em questão, que na tentativa de estabelecer critérios para o exercício da competência preceituada no art.10 da Lei 6.938/81 e estabelecer licenciamento único, entrou em matéria que não lhe cabia.

Ato administrativo inferior não pode alterar disposição em lei, razão pela qual não pode resolução do CONAMA alterar as atribuições conferidas aos Estados pelo art.

10 da Lei 6.938/81. A mesma lei, em seu art. 8.º, inclui entre as competências do CONAMA, “estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionados pelo IBAMA.” Tal redação não atribui competência para os entes federativos licenciarem, visto que visa apenas à instituição de normas e critérios para o licenciamento. Na mesma lei, no art. 10, *caput*, é indicado que o licenciamento será feito pelo órgão estadual competente.

7.1. Licenciamento único ou múltiplo?

A Resolução CONAMA 237/97 tentou estabelecer um licenciamento único.

Art. 7.º - Os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência, conforme estabelecido nos artigos anteriores.

Não obstante, Paulo Affonso Leme Machado (2006, p. 110) entende que haverá casos de licenciamento em que poderão haver atuação de mais de um órgão, ou seja, é possível que sejam necessárias licenças diversas. Outro não é o entendimento de Paulo de Bessa Antunes, citado por Édis Milaré, derivando o mesmo do art. 10 da Lei 7.804/89 (2007, p. 413).

A 1ª Turma do STJ reconheceu como legítimo o múltiplo licenciamento no RESP 588.022/SC, julgado em 17.02.2004, relator Ministro José Delgado (DJ 05. abr. 2004), de cuja ementa se destaca: “Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados, e, nesse caso, pode haver duplicidade de licenciamento”.

Já Lyssandro Norton Siqueira (2006) entende que referida resolução acertou ao estabelecer ser inadmissível mais de um licenciamento a respeito do mesmo empreendimento, tendo em vista que a identificação de atribuições entre os entes federados é inerente à própria essência da cooperação. Alega ainda que se o entendimento for diverso, estaremos perante um quadro de verdadeira desordem, posto que a simultaneidade de competências, sem qualquer cooperação, acabaria por gerar a ausência de atuação.

Neste sentido, transcrevemos o seguinte magistério:

Assim, permanece o conflito de competências, que se explicita todas as vezes em que um empreendedor depara-se com mais de um órgão ambiental competente - e interes-

sado - em licenciar seu empreendimento. É de se convir que não há lógica em mais de um ente da Federação proceder ao licenciamento de um mesmo empreendimento, tanto sob o aspecto técnico do empreendimento como sob o enfoque financeiro do empreendedor (GRANZIERA, 2006, p. 111).

Entretanto, a morosidade e superposição de funções dos órgãos públicos no procedimento, bem como os altos custos e exigências nem sempre harmônicas dos mesmos, trazem transtornos, perplexidades e preocupações aos empreendedores. A superação desse conflito só seria possível com a adoção de um licenciamento único e complexo, com participação integrada dos órgãos das diferentes esferas federativas interessadas, e que tal solução seria possível com a edição de lei complementar regulamentando o art. 23 da Constituição da República (MILARÉ, 2007, p. 414).

Este entendimento foi demonstrado no caso da obra em São Paulo do Rodoanel Mário Covas, de grande importância estratégica e econômico-social. Havia a disputa judicial da possibilidade de o IBAMA realizar o licenciamento federal da obra, sendo que tal procedimento já estava sendo feito pelo Estado de São Paulo. Em 2º grau de jurisdição o caso ficou em um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), oportunidade em que, na homologação do acordo das partes, a Desembargadora Relatora Federal da 6ª Turma do TRF da 3ª Região, Consuelo Yoshida, no julgamento proferido em 09 de março de 2005, publicado em 22 de março do mesmo ano, votou:

Trata-se de pioneira e histórica experiência de licenciamento ambiental que, embora processado em um único e mesmo nível, sintetizará a participação efetiva e integrada das esferas federal, estadual e também municipal, no que couber, resultando, como dito, em licenças ambientais como atos complexos de natureza jurídica constitucional, lastreadas no art. 225 c.c. o art. 23, VI, VII e parágrafo único, da Constituição Federal. Esta norma de licenciamento ambiental complexo alcança resultado prático equivalente ao do duplo ou múltiplo licenciamento ambiental, com vantagens de menor dispêndio de tempo e menores custos (AC 990253-SP -2003.61.00.025724-4).

Sendo assim, não obstante a Resolução CONAMA 237/97 ter estabelecido licenciamento único, há entendimentos no sentido que tal disposto não seria o mais acertado.

7.2. Critério para definição do órgão licenciador

O critério para definição do órgão licenciador pela Lei 6.938/81 é determinado

pela área de influência direta do impacto ambiental, visto que a indireta pode alcançar grandes proporções. Pouco importa a titularidade da área da obra ou atividade; entretanto, a Resolução CONAMA 237/97 fixa a competência licenciadora pelo critério da dominialidade do bem (art. 4.º, inc. I).

Sem considerar os critérios específicos definindo a competência do IBAMA ou do órgão estadual, podemos dizer que os dois critérios adotados pela resolução são: a abrangência físico-territorial da atividade ou empreendimento e os limites territoriais do impacto ambiental direto.

Francisco Thomaz Van Acker (1997) entende que os critérios estabelecidos na Resolução 237/97 são mais de exclusão do que de cooperação, embora aparentemente seja o contrário. Afirma que se a competência não é exclusiva, mas concorrente, o licenciamento não pode ser dado em nível único de competência.

A Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente, em parecer do Dr. Gustavo Trindade, entendeu que o licenciamento vincula-se ao interesse público e não à titularidade do bem, e conclui:

Admitido o atrelamento do licenciamento ambiental a titularidade do bem afetado, teríamos uma gama de empreendimentos e atividades de diminuto impacto ambiental sujeitos ao licenciamento obrigatório pelo IBAMA [...]. O critério da titularidade do bem para aferição do membro do SISNAMA competente para realizar o licenciamento ambiental, além de contrariar, frontalmente, o disposto na Lei 6.938/81, traria, per se, inúmeros conflitos entre os entes federados. Utilizando-se tal critério, ter-se-á casos em que teremos União, Estado(s) e Município(s) com bens afetados diretamente por um empreendimento, conseqüentemente, com o dever de licenciar a atividade [...] (Parecer CONJUR/MMA, 2004).

Tal entendimento também é confirmado pela jurisprudência, no AC 327022, em que o Relator Desembargador Federal Rivaldo Costa, do TRF da 5ª Região (DJ 17.05.2003), preceitua que “[...] a competência para licenciar projeto de obra ou atividade potencialmente danosa ao meio ambiente não se fixa pela titularidade dos bens nele contemplados, mas pelo alcance dos seus possíveis impactos ambientais”.

7.3. Possibilidade de licenciamento municipal

Paulo José Leite Farias, citado por Paulo Affonso Leme Machado (2006, p. 110), entende ser necessário a utilização do “princípio da subsidiariedade” na redução do

conflito no licenciamento ambiental, ou seja, quem deve resolver inicialmente o problema é o município, pois está mais próximo da questão. Entretanto, embora concorde com tal ensinamento, Machado entende que não é matéria fácil a municipalização do licenciamento ambiental. Tal argumentação decorre do fato de muitos municípios não terem recursos financeiros e da possibilidade de usarem de forma ineficiente o controle ambiental na tentativa de aumentar a receita ou emprego, em prejuízo do meio ambiente e considerando também que os ecossistemas têm grande dimensão, não sendo contidos em um único município.

Lyssandro Norton Siqueira (2006) entende que boa parte dos Municípios brasileiros não tem ainda condições materiais para o exercício precípua da competência administrativa em matéria ambiental. Para a aplicação da norma, deve-se previamente diminuir ou solucionar os problemas enfrentados pelos municípios.

Constitui-se fato notório a fragilidade da maior parte dos municípios brasileiros; entretanto, tal fato não pode ser fundamento determinante da exclusão da competência dos mesmos, fazendo-se necessária a adoção de medidas que possibilitem tal atuação.

Em tese, teríamos duas possibilidades para a validação dos dispositivos da Resolução nº. 237 do CONAMA. Ou modificar a lei 6.938/81, acrescentando poderes ao município para realizar o licenciamento ambiental, ou o caminho mais lógico, a regulamentação do art. 23 da Constituição Federal.

8. O projeto de Lei Complementar n.º 388/2007

Primeiramente, observa-se que o art. 23 da CF/88, arrola matérias diversas em seus incisos e, por serem assuntos díspares, seria inviável aprovar uma lei complementar que fixasse normas de cooperação entre todas.

Nesse sentido, foi feliz a Emenda Constitucional n.º 53, de 20.12.2006, que deu novas redações aos arts. 7.º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal. O art. 23, no seu parágrafo único ficou com a seguinte redação:

Leis Complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional.

Dessa forma, há exigência de diversas leis complementares, o que facilita a ela-

boração e aprovação legislativa.

Tivemos uma iniciativa parlamentar em 2003 com a apresentação do Projeto de Lei Complementar - PLP 12 - em 20/02/2003 - com prioridade de tramitação. Sua apresentação foi em 12/02/2003. Em 05/05/2005, na Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural (CAPADR), foi retirada de pauta. Em 22/01/2007, o Presidente da República incluiu no PAC, a regulamentação do artigo 23 da constituição via projeto de lei complementar - PLP 388/2007, apresentado em 24/01/2007, apensada à PLP 12. Entretanto, em 11/07/2007, na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS) foi retirado da pauta pelo relator. Já em 11/12/2008, o projeto recebeu parecer pela sua constitucionalidade e pela sua aprovação, entretanto, 15/04/2009, foi novamente retirado de pauta.

O referido projeto esclarece várias atribuições de cada um dos entes federativos sobre o meio ambiente e afins, conforme observa-se a ementa do mesmo:

Fixa normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e a preservação das florestas, da fauna e da flora, previstas nos incisos III, VI e VII, da Constituição.

Em análise perfunctória, o mesmo traduz-se em medida acertada, conforme entendimento doutrinário:

Numa primeira análise geral, entendemos que o Projeto de Lei nº. 388/2007 (PAC) está correto, posto que respeita as competências privativas, no licenciar e no aplicar sanções, em matéria ambiental, dos diversos níveis de Governo, ao mesmo tempo em que todas as outras ações ambientais (e até mesmo em matéria de licenciamentos e sanções) o projeto prevê sempre ação cooperativa (é o constitucionalismo cooperativo, em boa hora posto em ação entre nós) (MUKAI, 2007).

O PLP 388/2007 tenta acabar com as divergências que hoje existem acerca de qual ente federado é competente em matéria ambiental, respeitando as competências privativas dos mesmos e extirpando o falso raciocínio de que, baseado na competência comum, todos os níveis de Governo poderiam atuar sobre a mesma matéria, indistintamente uns dos outros.

Faz-se mister ressaltar ainda que o projeto em questão não utilizou o SISNAMA, sistema que parte da doutrina considera inconstitucional (MUKAI, 2007), pois utiliza os poderes de forma vertical, ou seja, hierarquicamente, o que é impossível dentro de um sistema em que os entes são autônomos e iguais em poder, o sistema federativo.

9. Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que, no tocante a possibilidade de licenciamento municipal, verifica-se a total procedência do mesmo, diante da atribuição de competência comum, de que tratam os incisos VI e VII do artigo 23 da Constituição Federal de 1988, a todos os entes federativos e da própria autonomia dos mesmos, também prevista no texto republicano.

Ao estabelecer critérios para o exercício da competência para o licenciamento ambiental de obras, empreendimentos ou atividades de significativo impacto ambiental, a Resolução CONAMA n.º 237/97 afronta os princípios federativo e da supremacia da Constituição. Nenhuma lei ordinária ou decreto regulamentador pode alterar, excluir ou suprimir competências preceituadas pela Lei Maior, quanto mais ato administrativo normativo subordinado como uma resolução. A mesma afigura-se também ilegal, pois ofende a Lei Federal nº 6.938/81. Por consequência, é ato normativo nulo, inválido e incapaz de produzir efeitos, devendo ser objeto de impugnação.

O critério para definição do órgão licenciador deve ser a área de influência direta do impacto ambiental, pouco importando a titularidade da obra ou atividade, conforme preceituado na Lei 6.938/81. Tal adoção justifica-se, tendo em vista que é o interesse público que deve prevalecer, e não a simples localização territorial, sob pena de ser necessária a multiplicidade de licenciamentos em obras ou atividades que, em que pese territorialmente ocupem dois ou mais municípios, ou Estados, não são capazes de gerar impacto ambiental significativo. Sendo assim, a Resolução CONAMA 237/97 não foi feliz em estabelecer o critério da dominialidade do bem, pois o mesmo, na hipótese mencionada, traria sobrecarga de serviço e gastos desnecessários a proteção do meio ambiente.

Quanto à unicidade ou multiplicidade de licenciamentos, verifica-se ser mais acertada a hipótese do licenciamento único, visto que a morosidade e a superposição de funções dos órgãos públicos no procedimento geram altos custos e transtornos para os empreendedores, o que acaba por trazer entraves ao desenvolvimento econômico.

Mas além de único, este ato deve ser complexo, com participação integrada dos órgãos dos diferentes entes federativos, alcançando resultado prático equivalente ao do duplo ou múltiplo licenciamento ambiental, com vantagem de redução de custos e menor dispêndio de tempo.

Tal entendimento é corroborado pela substancial dificuldade encontrada pelos órgãos ambientais brasileiros na implementação de suas políticas. Em razão da extensa demanda e diminuta capacidade de atendimento nas políticas ambientais, não é razoável a existência de conflito de competência. É necessária a cooperação e compartilhamento das responsabilidades.

Embora haja proposta de Lei Complementar para regulamentar o artigo 23 da Constituição Federal de 1988, a mesma já foi objeto de diversas alterações, sendo retirada da pauta.

Dúvida não há, portanto, quanto à necessidade de promulgação da Lei Complementar regulamentadora da competência administrativa ambiental, para solução das controvérsias acerca do tema.

10. Referências bibliográficas

BELTRÃO, Antônio Figueiredo Guerra. A competência dos Estados Federados em meio ambiente a partir da ordem constitucional de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. v. 40, n. 159, p. 7-12, jul./set. 2003. Disponível em:

<<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/869>>. Acesso em: 06 ago. 2008.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Articulação e negociação institucional na efetividade das políticas ambientais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 43, n. 172, p. 109-117, out./dez. 2006. Disponível em:

<<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92832>>. Acesso em: 06 ago. 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente. A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MUKAI, Toshio. O projeto de lei complementar previsto no art.23 da Constituição Federal e a competência comum (projeto de LC nº 388/2007 – PAC). *Fórum de Direito Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 32, p. 68-76, mar./abr. 2007.

OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. O licenciamento ambiental. *Revista Data Vênia*, São Paulo: Iglu, 1999. Disponível em:

<<http://www.datavenia.net/opiniao/competenciaemmateriaambiental.html>>. Acesso em: 25.02.2008.

OLIVEIRA, Viviane S. Licenciamento ambiental: história e legislação. *Revista Cadernos de Iniciação Científica*. p. 123-129, jul., 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. Competência administrativa em matéria ambiental: necessidade de regulamentação do art.23 da Constituição da República. In: *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, n.º 1/2, s.l., p. 63-77, jan./dez. 2006.

VAN ACKER, Francisco Thomaz. Breves considerações sobre a resolução 237, de 19.12.1997, do CONAMA, que estabelece critérios para o licenciamento ambiental. *Revista de direito ambiental*, n. 8, ano 2, São Paulo: RT, p. 165-169, out./dez. 1997.

Crimes eletrônicos: responsabilização criminal dos gerenciadores dos meios de facilitação e necessidade de tipificação penal específica para estes delitos

Electronic crimes: criminal responsibility of managers of facilitation means and the necessity of specific penal typication for these crimes

Raquel Bessa Teixeira da Cunha Vilela

Bacharel em Ciências Militares pela Academia de Polícia Militar de Minas Gerais.
Aluna do 10.º Período do Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas.
e-mail: raquelbtc@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho teve o propósito de sensibilizar aqueles que se utilizam de diversos serviços oferecidos pela rede mundial de computadores, sobre as mais diversas possibilidades de serem vitimados pelas práticas delituosas impetradas pelo meio eletrônico, vindo a fomentar ainda a discussão a respeito dos tipos de crimes praticados nesse meio, além das responsabilidades por tais práticas daqueles entes que com ela possam contribuir, sejam eles administradores ou gerenciadores de sistemas, redes ou até mesmo estabelecimentos de uso de computadores. Chegou-se à conclusão de que não há necessidade da criação de novas leis para regulamentar o assunto, bastando, para tanto, aplicar as já existentes.

Palavras-chave: Computadores. Crimes. Responsabilidades. Entes. Leis.

Abstract: The present work intended to move those who use the many services offered by the world web wide about the possibilities to be victimized by the criminal practices impetrated by the electronic medium. It also promotes the discussion about the kinds of crimes practiced in this means, besides the responsibilities for such practices by those who may contribute with it, be it administrators or system managers, webs or even organizations of computer use. We came to the conclusion that it is not necessary to create new laws to regulate the matter, for the existing laws are enough.

Keywords: Computers. Crimes. Responsibilities. Beings. Laws.

1. Introdução

O desenvolvimento contínuo das formas e meios de comunicações está, indiscutivelmente, presente nas sociedades, tendo sido a internet o meio mais rápido e globalizado de comunicação já existente em todo o mundo, conectando em tempo real milhões de pessoas, causando uma difusão quase instantânea de informações e acontecimentos.

A acessibilidade à internet, bem como a possibilidade de não se identificar na rede, tornam-se fatores que estimulam a prática dos delitos, conhecidos como “eletrônicos” ou “virtuais”, os quais, em grande parte das vezes, estão associados à ofensa à honra e/ou à sexualidade do indivíduo, ou à prática de fraudes financeiras.

Neste limiar, entra o nosso ordenamento jurídico que, tendo leis já um tanto quanto antigas, não fazia previsões específicas quanto ao assunto, por questões óbvias e lógicas, carecendo, portanto, de uma adequação de normas que visem a coibir e definir de forma específica os delitos cometidos por meios eletrônicos, em especial pela internet, além de punir com severidade os autores dos mencionados delitos, afim de regulamentar um mundo ainda sem regras, que é o mundo “virtual”.

Desta forma, diante da ausência de legislação específica sobre delitos eletrônicos, e buscando-se discutir também a responsabilidade jurídica dos controladores dos meios virtuais frente a tais delitos, o presente trabalho vem expor tais inferências, buscando nos referenciais teóricos fundamentações para as devidas responsabilizações, além de definições dos crimes virtuais.

2. Conceitos

2.1. Internet

A Internet¹, conforme pesquisa realizada é:

É um conglomerado de redes em escala mundial de milhões de computadores interligados pelo Protocolo de Internet que permite o acesso a informações e todo tipo de transferência de dados. A Internet é a principal das novas tecnologias de informação e comunicações e refere-se ao sistema de informação global que é logicamente ligado por um endereço único global baseado no Internet Protocol (IP) ou suas subseqüentes extensões (<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Internet>>, acesso em: 27 out. 2008).

2.2. IP

*Internet Protocol*². IP, conforme pesquisa realizada, é um acrônimo para a expressão inglesa “*Internet Protocol*” (ou *Protocolo de Internet*), que é um protocolo usado entre duas ou mais máquinas em rede para encaminhamento dos dados.

¹ Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Internet>>. Acesso em: 27 out. 2008.

² Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Internet_protocol>. Acesso em: 27 out. 2008.

2.3. Provedor³

Conforme pesquisa realizada a respeito do provedor, vê-se que

o fornecedor de acesso à Internet (em inglês *Internet Service Provider*, ISP) oferece principalmente serviço de acesso à Internet, agregando a ele outros serviços relacionados, tais como "e-mail", "hospedagem de sites" ou blogs, entre outros. Inicialmente como um serviço cobrado, com o tempo passou a ser oferecido também como serviço gratuito, por empresas que estruturaram um outro modelo de negócio (<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Provedor>>, acesso em: 27 out. 2008).

2.4. Orkut

O orkut⁴, conforme conceito pesquisado,

é uma rede social filiada ao Google, criada em 19 de Janeiro de 2004 com o objetivo de ajudar seus membros a criar novas amizades e manter relacionamentos. Seu nome é originado no projetista chefe, Orkut Büyükkökten, engenheiro turco do Google. Tais sistemas, como esse adotado pelo projetista, também são chamados de rede social (<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Orkut>>, acesso em: 27 out. 2008).

2.5. Lan House

Lan House⁵ conforme consulta realizada,

É um estabelecimento comercial onde, à semelhança de um cyber café, as pessoas podem pagar para utilizar um computador com acesso à internet e a uma rede local, com o principal fim de acesso à informação rápida pela rede e entretenimento através dos jogos em rede ou online (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Lan_house>, acesso em: 27 out. 2008).

3. Internet: seu principal ponto de partida

A internet se desenvolve com muita ênfase, no auge do processo de barateamento das comunicações, no final da década de 80, sendo hoje vista como um meio de

³ Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Provedor>>. Acesso em: 27 out. 2008.

⁴ Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Orkut>>. Acesso em: 27 out. 2008

⁵ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lan_house>. Acesso em: 27 out. 2008.

comunicação que interliga o mundo todo com milhões de computadores e permite o acesso a uma quantidade de informações praticamente inesgotáveis, anulando toda distância de tempo e lugar.

O mais importante elemento impulsor desse desenvolvimento todo, que permitiu à internet transformar-se num instrumento de comunicação de massa, nasceu no ano de 1989, no Laboratório Europeu de Física, de altas energias, com sede em Genebra, sob o comando de T. Berners-Lee e R. Cailliau, e era composto por hipertextos, ou seja, documentos cujo texto, imagem e sons seriam evidenciados de forma particular e poderiam ser relacionados com outros documentos, permitindo que, com um simples clique no *mouse*, o usuário pudesse ter acesso aos mais variados serviços e informações, sem necessidade de conhecer os inúmeros protocolos de acesso.

Se, por um lado, incontestável é o avanço e os benefícios que o uso ético da internet trouxe para a propagação da informação, desenvolvimento das tecnologias modernas em todas as áreas do conhecimento, com benefícios incalculáveis em sua divulgação, por outro, tem-se os riscos inerentes à tecnologia da informatização, notadamente os crimes informáticos.

4. Crimes informáticos: conceituações

Em vários documentários e textos atuais, vemos a importância da internet em nossas vidas de modo que se tornaria impossível viver sem o uso desta ferramenta tão importante em todas as atividades. Porém como todo instrumento de uso do homem está fadado a ser utilizado para outras condutas de forma ilícita, a internet não é exceção. Assim, fazendo uma retrospectiva:

O surgimento dos crimes informáticos remonta, no entender de Ulrich Sieber, da Universidade de Würzburg, à década de 1960, época em que apareceram na imprensa e na literatura científica os primeiros casos de uso do computador para a prática de delitos, constituídos, sobretudo, por manipulações, sabotagens, espionagem e uso abusivo de computadores e sistemas, denunciados em matérias jornalísticas. Somente na década seguinte é que se iniciariam os estudos sistemáticos e científicos sobre essa matéria, com emprego de métodos criminológicos, analisando-se um limitado número de delitos informáticos que haviam sido denunciados, entre os quais alguns casos de grande repercussão na Europa por envolverem empresas de renome mundial (FERREIRA, 2000, p. 83).

Várias ações criminosas passaram a incidir através dos meios eletrônicos, em especial pela internet, citando-se a pirataria de programas de computadores, abusos nas telecomunicações, extorsão virtual, estelionatos etc., revelando vulnerabilidade que os criadores do processo não haviam previsto.

Entre os piores delitos cometidos através da internet podemos citar o delito de pornografia infantil na rede, muito difundido e praticado por milhares de pessoas pelos *websites* da rede mundial de computadores.

Tal criminalidade avassaladora conta com as mesmas características da informatização global:

Transnacionalidade – todos os países fazem uso da informatização (qualquer que seja o seu desenvolvimento econômico, social ou cultural); logo, a delinqüência correspondente, ainda que em graus distintos, também está presente em todos os continentes; universalidade – integrantes de vários níveis sociais e econômicos já têm acesso aos produtos 69 R. CEJ, Brasília, n. 20, p. 67-73, jan./mar. 2003 informatizados (que estão se popularizando cada vez mais); ubiqüidade – a informatização está presente em todos os setores (públicos e privados) e em todos os lugares (GOMES, 2007, p. 76).

Nesse contexto, torna-se possível observar que a informática permite não só o cometimento de novos delitos, como potencializa alguns outros tradicionais, como o estelionato, por exemplo. Há, assim, crimes cometidos com o computador e os cometidos contra o computador, isto é, contra as informações e programas nele contidos.

Poderiam ser descritos os crimes digitais, como sendo todos aqueles relacionados às informações arquivadas ou em trânsito por computadores, sendo esses dados, acessados ilicitamente, usados para ameaçar ou fraudar.

Outra corrente a ser analisada é a defendida por Pinheiro (2002), que classifica crimes informáticos ou cibernéticos em virtuais puros, mistos e comuns.

O crime virtual puro seria toda e qualquer conduta ilícita que tenha por objetivo exclusivo o sistema de computador, pelo atentado físico ou técnico ao equipamento e seus componentes, inclusive dados e sistemas.

Crime virtual misto seria aquele em que o uso da internet é condição *sine qua non* para a efetivação da conduta, embora o bem jurídico visado seja diverso do informático, como, por exemplo, as transferências ilícitas de valores em uma *homebanking* ou no chamado *salamislacing*, onde o *cracker* retira de milhares de contas correntes, diariamente, pequenas quantias que correspondem a centavos e as transfere para uma única conta. Embora

esses valores sejam ínfimos para o correntista, que, na maioria das vezes, nem se dá conta do furto, representam para o cibercriminoso uma expressiva quantia em seu montante.

Por derradeiro, crime virtual comum seria utilizar a internet apenas como instrumento para a realização de um delito já tipificado pela lei penal (PINHEIRO, 2002, p. 62).

Assim, a Rede Mundial de Computadores acaba por ser apenas mais um meio para a realização de uma conduta delituosa. Se antes, por exemplo, o crime como o de pornografia infantil (art. 241 do ECA) era instrumentalizado por meio de vídeos ou revistas, atualmente, dá-se por salas de bate-papo, Orkut, como também pela troca de fotos por *e-mail* entre pedófilos e divulgação em *sites*.

Mudou a forma, mas a essência do crime permanece a mesma. De forma abrangente, o crime de informática pode ser definido como sendo, segundo Pinheiro (2002, p. 42), “toda ação típica, antijurídica e culpável, cometida contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão”.

O Professor Viana (2003, p. 13-26) apresenta a seguinte classificação dos crimes informáticos:

1. *Delitos Informáticos Impróprios*, para esclarecê-los como “aqueles nos quais o computador é usado como instrumento para a execução do crime, mas não há ofensa ao bem jurídico nem inviolabilidade da informação automatizada”;
2. *Delitos Informáticos Próprios*, para fixá-los como “aqueles em que o bem jurídico protegido pela norma penal é a inviolabilidade das informações automatizadas (dados)”;
3. *Delitos Informáticos Mistos*, para explicá-los como “crimes complexos em que, além da proteção da inviolabilidade dos dados, a norma visa a tutelar bem jurídico de natureza diversa”;
4. *Delitos Informáticos Mediatos ou Indiretos*, definindo-os como “delito-fim não informático que herdou esta característica do delito-meio informático realizado para possibilitar a sua consumação”.

Indo ao encontro dos fatores ligados à criminalidade, a definição exposta pelo professor Vianna nos dá uma clara noção do que venha a ser os delitos informáticos, observando-se que os delitos informáticos próprios estão mais suscetíveis de serem cometidos, tendo em vista que o criminoso usa o computador para perpetrar o crime informacional, violando informações automatizadas.

Para Ferreira, outra é a classificação, e para ele os crimes de informática se distinguem em duas categorias:

- 1) os atos dirigidos contra um sistema de informática, por qualquer motivo, verdadeiro núcleo da criminalidade informática, por se tratarem de ações que atentem contra o próprio material informático (suportes lógicos ou dados dos computadores);
- 2) os atos que atentem contra outros valores sociais ou outros bens jurídicos, cometidos através de um sistema de informática, que compreenderiam todas as espécies de infrações previstas em lei penal (FERREIRA, 2006, p. 54).

O nosso ordenamento jurídico não prevê tipificações específicas para os crimes eletrônicos, contudo a Constituição Federal dispõe no Art. 5.º, inciso X, que a privacidade das pessoas é um bem jurídico fundamental. Dessa maneira, Vianna diz que “a inviolabilidade das informações é decorrência natural do direito a privacidade, devendo, portanto, ser reconhecida como bem jurídico”. E mais:

Como corolário desta afirmação, a inviolabilidade das informações automatizadas, ou seja, daquelas armazenadas e processadas em sistemas computacionais, surgirá então como um novo bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal, de forma a se garantir a privacidade e a integridade dos dados informáticos.

Reconhecida, pois, a existência de um bem jurídico a se proteger, tem-se que há crime sobre o aspecto material, sendo que a simples omissão normativa não é suficiente para descaracterizá-lo como objeto de estudo do Direito Penal, já que este reconhece sua existência sob o aspecto material (VIANNA, 2003, p. 9-10).

Na prática o que ocorre para a imputação de um crime informático a uma pessoa é o seu enquadramento em nossa legislação penal, que apesar de não prevê-los de forma específica, molda-os perfeitamente aos tipos penais previstos.

Em uma abordagem sobre ilícitos informáticos que violam a privacidade na *web*, cita-se, dentre outras condutas:

a) *spamming*, como forma de envio não-consentido de mensagens publicitárias por correio eletrônico a uma massa finita de usuários da rede, conduta esta não oficialmente criminal, mas antiética; A partir de 1980, ressalta a autora o aumento de ações criminosas que passaram a incidir em manipulações de caixas bancárias, pirataria de programas de computador, abusos nas telecomunicações etc., revelando vulnerabilidade que os cria-

dores do processo não haviam previsto. Acrescente-se, ainda, o delito de pornografia infantil na rede, igualmente difundido na época. 70 R. CEJ, Brasília, n. 20, p. 67-73, jan./mar. 2003.

b) *cookies*, a quem chama “biscoitinhos da *web*”, *pequenos arquivos de textos que são gravados no computador do usuário pelo browser quando ele visita determinados sites de comércio eletrônico*, de forma a identificar o computador com um número único, e obter informações para reconhecer quem está acessando o *site*, de onde vem, com que periodicidade costuma voltar e outros dados de interesse do portal;

c) *spywares*, como *programas espíões que enviam informações do computador do usuário da rede para desconhecidos*, de maneira que até o que é teclado é monitorado como informação, sendo que alguns *spywares* têm mecanismos que acessam o servidor assim que usuário fica *on-line* e outros enviam informações por *e-mail*;

d) *hoaxes*, como sendo *emails que possuem conteúdos alarmantes e falsos, geralmente apontando como remetentes empresas importantes ou órgãos governamentais*, como as correntes ou pirâmides, *hoaxes* típicos que caracterizam crime contra a economia popular, podendo, ainda, estar acompanhadas de vírus;

e) *sniffers*, programas espíões, assemelhados aos *spywares*, que, introduzidos no disco rígido, visam a rastrear e reconhecer *e-mails* que circundam na rede, de forma a permitir o seu controle e leitura;

f) *trojan horses* ou cavalos de tróia, que, uma vez instalados nos computadores, abrem suas portas, tornando possível a subtração de informações, como senhas, arquivos etc (ROSSINI, 2006, p. 56).

Sobre o cavalo de tróia, o autor complementa que

embora o usuário possa recebê-lo de várias maneiras, na maioria das vezes ele vem anexado a algum e-mail. Este vem acompanhado de mensagens bonitas que prometem mil maravilhas se o arquivo anexado for aberto. Uma vez aberto o arquivo, o trojan horse se instala no computador do usuário. Na maioria das vezes, tal programa ilícito vai possibilitar aos hackers o controle total da sua máquina. Poderá ver e copiar todos os arquivos do usuário, descobrir todas as senhas que ele digitar, formatar seu disco rígido, ver a sua tela e até mesmo ouvir sua voz se o computador tiver um microfone instalado.

Considerando-se que boa parte dos computadores é dotada de microfones ou câmaras de áudio e vídeo, observa-se que o cavalo de tróia permite a possibilidade de se fazer escuta ambiente clandestina, arma poderosa nas mãos de criminosos que visam à captura de segredos industriais (ROSSINI, 2006, p. 56).

Para vários doutrinadores não há uma definição de caráter universal própria de delito informático, apesar dos esforços dos *experts* que têm se ocupado do tema, e, enquanto não existe a concepção universal, foram formulados conceitos funcionais atendendo a realidades nacionais concretas.

A rede mundial de computadores notadamente modificou hábitos e costumes de toda a sociedade, combinando comportamentos tradicionais com o acesso à informação e cultura, tornando-se motivo de inquietude, uma vasta área para as mais variadas atividades ilícitas, criminalidade esta caracterizada pela dificuldade de investigação, prova e aplicação da lei penal, pelo caráter transnacional e ilimitado dessas condutas, o que pode gerar conflitos de Direito Internacional, em decorrência da competência da jurisdição sancionadora.

5. Alguns tipos de crimes eletrônicos e suas configurações

5.1. Furto

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 155 prevê as seguintes disposições:

155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena: reclusão de 1 a 4 anos e multa.

§ 1.º - a pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2.º - se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3.º - equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4.º - a pena é de reclusão de dois a oito anos e multa se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante o concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5.º - a pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

Várias são as condutas estipuladas pelo artigo 155 do Código Penal Brasileiro e uma destas condutas necessariamente abrange os delitos de furtos cometidos pela internet.

Para Greco, furto é

subtração patrimonial não violenta para si ou para outrem de coisa alheia móvel. Percebe-se, portanto, que o mencionado tipo penal é composto por vários elementos, a saber: o núcleo *subtrair*; o especial fim de agir caracterizado pela expressão *para si ou para outrem*; bem como pelo objeto da subtração, ou seja, a coisa alheia móvel (GRECO, 2007, p. 59).

A principal característica dos crimes eletrônicos cometidos por meio da internet é a facilidade de se penetrar em bancos de informações de usuários. O crime de furto através da internet vem se alastrando a cada dia por ser de fácil manipulação os mais diversos sistemas de senhas eletrônicas e operacionais.

Como exemplo do crime de furto ocorrido pela internet, podemos citar o furto em contas correntes bancárias ocorridos em detrimento de envios de SPAMs, em que os infratores utilizam desta ferramenta, enviando mensagens com assuntos do tipo “veja você na foto da turma de 2000”, ou “você lembra de mim, sou o fulano”, ou mensagens de operadoras de telefonia móvel, da receita federal pedindo atualização de dados, entre outras. Desta forma os infratores conseguem as senhas bancárias eletrônicas, sendo que por meio delas fazem transferências de valores monetários para outras contas, às quais eles já têm acesso. Assim delito já se encontrara configurado.

5.2. Estelionato

O estelionato é outro tipo de crime que ocorre muito pela internet, e que também está previsto no Código Penal Brasileiro, em específico no artigo 171, que diz:

Art. 171 – Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1.º – Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2.º – Nas mesmas penas incorre quem:

Disposição de coisa alheia como própria

I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

Defraudação de penhor

III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

Fraude na entrega de coisa

IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro

V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Para Greco,

o crime de estelionato é regido pelo binômio vantagem ilícita/prejuízo alheio. A conduta do agente, portanto deve ser dirigida a obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio. Ilícita é a vantagem que não encontra amparo no ordenamento jurídico, sendo, na verdade, contrária a ele. Além da vantagem ilícita obtida pelo agente com o seu comportamento, a vítima sofre prejuízo, também de natureza econômica. Assim poderá tanto perder aquilo que já possuía, ou mesmo deixar de ganhar o que lhe era devido (GRECO, 2007, p. 87).

Geralmente os crimes de estelionato via internet são direcionados para a aquisição de mercadoria sem o respectivo pagamento, bem como para a simulação do encaminhamento da mercadoria, após o pagamento prévio feito pela vítima. O estelionato

praticado na Internet se expandiu muito após a criação de sites conhecidos como “balcão de negócios”. Podemos citar o mercado livre, em que os usuários anunciam diretamente as mercadorias na internet, como se fossem pessoas físicas.

Ressalta-se que todas as condutas, apesar de não termos legislação específica, podem perfeitamente serem amoldadas aos tipos penais existentes.

5.3. Crimes contra a honra

A internet é um meio eletrônico de fácil manuseio e acessado por milhões de pessoas todos os dias. As correspondências escritas no papel têm sido deixadas de lado e, portanto, o meio instrumental pelo computador passa a ser muito usado na troca de mensagens das mais variadas.

Dentro deste limiar, os crimes contra a honra tomam evidência na medida em que as pessoas imputam às outras condutas ou comportamentos que por vezes eles não fazem, cometendo aquelas algum tipo penal especificado como crime, seja a calúnia, a injúria ou a difamação. O Código Penal Brasileiro, sobre os crimes contra a honra, em seu Capítulo V, nos artigos 138, 139 e 140, traz em seu bojo o seguinte:

Art. 138 – Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1.º – Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2.º – É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3.º – Admite-se a prova da verdade, salvo:

I – se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II – se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no n.º I do art. 141;

III – se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Art. 139 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Exceção da verdade

38 § 3.º acrescentado pela Lei n.º 8.069, 13.07.90.

Parágrafo único – A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Injúria

Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§ 1.º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2.º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3.º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa”.

Segundo Greco (2007, p. 37), “a honra é um bem constitucionalmente inviolável, amparado pelo inciso X, do art. 5.º da Constituição Federal. É um conceito que se constrói durante toda uma vida e que pode, em virtude de apenas uma única acusação leviana, ruir imediatamente”.

Como se vê, a honra é um dos bens jurídicos mais sutis e mais difíceis de se apreender. A existência de um ataque à honra engloba diversos fatores, dentre eles a situação dos sujeitos ativo e passivo, o tipo de relação mantida entre eles, as circunstâncias em que se deram os fatos, a cultura intelectual dos envolvidos, entre outros.

Assim, tais delitos ocorrem com muita frequência pela internet, seja pelo Orkut, quando o agente utiliza a imagem da vítima em perfis falsos e que denigram a honra pessoal dessa vítima; ou inserindo comentários inverídicos ou indecorosos sobre alguém ou divulgando imagens da vítima de que tenha o poder, em decorrência de algum tipo de relacionamento que manteve ou ainda mantém com essa vítima.

6. Responsabilidade dos entes

Com base em tudo que aqui foi exposto, um assunto intrigante e ao mesmo tempo valoroso, é o modo pelo qual os entes administram os canais de relacionamento pela internet. Os provedores, os sites de relacionamentos, os sites de gerenciamentos de contas de e-mails e sites de intermediação de compra e venda, não exigem dos usuários muitas informações quando do acesso e cadastro desses nos sites referidos. Não ocorre, como, por exemplo, quando se efetua uma compra diretamente na loja ou se

abre uma conta em um banco, quando inúmeros dados e informações pessoais do comprador são exigidos. Em alguns casos, há, inclusive, a solicitação de referências pessoais que possam informar sobre a pessoa daquele que pretende realizar a compra.

Os provedores e gerenciadores chegam até mesmo a inserir nas informações do cadastro do usuário que todos os dados prestados são de inteira responsabilidade do usuário, não cabendo qualquer tipo de responsabilidade por parte dos provedores e dos gerenciadores.

Não obstante os provedores, gerenciadores e administradores furtarem-se de sua responsabilidade perante sua ineficácia em exigir dados e informações dos usuários e checar a veracidade de tais dados e informações, entende-se que esses entes possuem responsabilidades diante da ocorrência de delitos e prejuízos causados às vítimas dos crimes eletrônicos.

Nos casos da prática de fatos típicos, pode-se considerar a responsabilidade dos entes citados (provedores, administradores e gerenciadores de rede), no sentido de coautoria ou participação nos delitos, conforme art. 29 do Código Penal Brasileiro, que diz o seguinte:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1.º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2.º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

No entendimento de Welzel (1987, apud Greco, 2007), a respeito da coautoria, revela-se o seguinte:

A co-autoria é autoria; sua particularidade consiste em que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas. Co-autor é quem possuindo as qualidades pessoais de autor é portador da decisão comum a respeito do fato e em virtude disso toma parte na execução do delito.

Sobre a coautoria:

São conhecidos como partícipes aqueles que atuam como coadjuvantes na história do

crime. O autor é o protagonista na infração penal, quem exerce o papel principal. Contudo, não raras as vezes, o protagonista pode receber o auxílio daqueles que, embora não desenvolvendo as atividades principais, exercem papéis secundários, mas que influenciam na prática da infração penal (GRECO, 2007, p. 42).

Desta forma conclui-se perfeitamente cabível a coautoria ou a participação dos provedores e gerenciadores de sistemas e redes nos chamados delitos eletrônicos, uma vez que suas condutas omissivas, no sentido do baixo controle que exercem sobre os dados e informações dos usuários, constituem, em não raras vezes, fator preponderante para a facilitação do cometimento de delitos pela internet.

Ainda há a possibilidade da responsabilidade objetiva dos provedores e gerenciadores, nos casos em que as ações praticadas pelos infratores que se utilizam da internet para a consecução de suas condutas reprováveis acarretarem algum tipo de demanda ou pleito na área cível, como por exemplo, na reparação de danos morais.

Neste sentido:

A lei impõe, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. Nos casos de responsabilidade objetiva não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano (GONÇALVES, 2006, p. 63).

Nesse entendimento, apesar de, na grande maioria dos casos, não ser a intenção do provedor ou gerente promover ou facilitar a promoção de dano aos direitos e bens jurídicos tutelados das pessoas que se utilizam da internet, sua conduta, no sentido de pouco exigir e de pouco fiscalizar os dados e informações de pessoas que fazem usos de seus serviços, liga-se, por nexo de causalidade, ao resultado de dano praticado, sendo, portanto, objetiva a sua responsabilidade.

Ainda na discussão sobre a responsabilidade, cível e penal, de entes ou pessoas que possam facilitar a prática de delitos ou condutas diversas reprováveis pelo ambiente da internet, há que se ressaltar a figura dos proprietários ou administradores das conhecidas *lan houses*.

Aqueles que são proprietários ou responsáveis por este tipo de comércio de-

vem primar pelo controle das informações referentes às pessoas que desse serviço fazem uso. Tal controle deve ser feito de forma a verificar, confirmar e controlar os dados pessoais das pessoas que frequentam esse tipo de estabelecimento comercial.

No caso de um delito praticado na internet, identificando-se o número do IP da máquina utilizada para a prática do crime, é possível atribuir sua responsabilidade ao proprietário ou usuário da máquina. Nesse sentido, com o controle das informações pessoais e horários de utilização, mesmo os delitos praticados no ambiente das *lan houses*, será possível a identificação do autor.

Considerando-se ainda a responsabilidade dos proprietários ou administradores de *lan house*, deve-se considerar o crime disposto no artigo 241 da lei 8069/90, que trata do Estatuto da Criança e do Adolescente, observando-se as proibições referentes à utilização dos computadores por crianças e/ou adolescentes para o acesso a sites considerados de cunho pornográfico, bem como a propagação de imagens desta natureza, que envolvam crianças e/ou adolescentes. Prevê esse dispositivo legal:

Art. 241. Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente: (Redação dada pela Lei n.º 10.764, de 12.11.2003)

Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§1.º Incorre na mesma pena quem: (Incluído pela Lei n.º 10.764, de 12.11.2003)

I – agencia, autoriza, facilita ou, de qualquer modo, intermedeia a participação de criança ou adolescente em produção referida neste artigo;

II – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste artigo;

III – assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial de computadores ou internet, das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste artigo.

§ 2.º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos: (Incluído pela Lei nº 10.764, de 12.11.2003)

I – se o agente comete o crime prevalecendo-se do exercício de cargo ou função;

II – se o agente comete o crime com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial.

Conclui-se assim, na mesma linha de raciocínio referente aos provedores e gerenciadores de rede, que o proprietário e o administrador dos estabelecimentos denominados *lan house* são também responsáveis pelo controle e fiscalização das pessoas

que se utilizam de seus computadores para a prática de delitos eletrônicos, ainda sujeitos a prática de outras condutas, também típicas e puníveis, de várias outras formas, como, por exemplo, o citado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

7. Conclusão

Conclui-se com este trabalho que a internet é uma ferramenta mundial de grande utilidade e eficácia para as sociedades de todo o mundo atual, considerando-se o contexto globalizado em que vivemos. A velocidade, a comodidade e a praticidade proporcionada pelos serviços disponíveis na rede mundial tornam mais viáveis as comunicações entre pessoas, setores, instituições e até mesmo entre países em todo o mundo, proporcionando uma economia de tempo na vida de uma sociedade, bem como quebrando barreiras até então intransponíveis.

Não pode, porém, um meio tão moderno e com alto grau de tecnologia ser utilizado como meio tão rápido para a prática de atos delituosos, proporcionando tamanho anonimato aos detratores da lei.

As pessoas que desse meio de comunicação se utilizam não podem empreender-se do conceito de que, ao praticar um crime ou ato lesivo a outra pessoa utilizando-se, para isto, o meio virtual, estão simplesmente fazendo algo errado. Devem incutir-se de que estão ferindo gravemente um ou vários direitos e bens jurídicos de outrem. Sua conduta é tão lesiva quanto a de quem pratica condutas da mesma natureza pelos meios convencionais já utilizados, com o agravante de serem revestidos da figura reprovável do anonimato e da facilidade de não deixarem quaisquer indícios capazes de identificar sua autoria.

Apesar de os crimes eletrônicos constituírem temas centrais de discussões recentes, percebe-se que é possível a análise das condutas típicas praticadas no meio eletrônico embasando-se nos dispositivos legais já existentes no ordenamento jurídico pátrio. Não se faz, portanto, necessária a criação de nova legislação que trate dos chamados crimes eletrônicos, uma vez que se pode recorrer aos tipos penais e legislações esparsas já existentes ao analisar as condutas criminosas praticadas na rede mundial.

Há que se ressaltar, porém, que a sociedade hoje vive em constantes mudanças e evoluções, as quais nem sempre ocorrem no sentido de proporcionar melhoria e progresso. Os crimes também se modificam e evoluem, não sendo possível prever meios para se praticar um delito daqui a alguns anos, por exemplo. Assim, futuramente e em

decorrência do surgimento de novas tecnologias, poder-se-á deparar com a necessidade de criação de legislação que regule o assunto. Hoje, já há que se falar em algumas interpretações por analogia, quando se recorre à legislação existente para a análise da prática dos crimes eletrônicos.

Conclui-se, ainda, a inegável responsabilidade, civil e penal, dos entes que proporcionam a funcionalidade do ambiente da rede, bem como daqueles que de alguma forma contribuem para facilitação da prática de crimes eletrônicos. Desta forma, são responsáveis, tanto quanto os autores dos delitos praticados, os provedores e gerenciadores de rede, proprietários e administradores dos estabelecimentos denominados *lan house*, quando, devido a sua conduta omissiva e inerte perante a consecução e a fiscalização de dados e informações pessoais dos usuários, acabam por propiciar aos agentes meios eficazes e garantidores do anonimato na prática de delitos.

Assim, pretendeu este trabalho sensibilizar aqueles que se utilizam de diversos serviços oferecidos pela rede mundial de computadores, sobre a possibilidade de serem vitimados pelas condutas delituosas praticadas no meio eletrônico. Ainda, buscou-se fomentar a discussão a respeito dos tipos de crimes praticados nesse meio, além da responsabilidade por tais práticas, daqueles que com ela possam contribuir.

8. Referências

- BICUDO, Hélio. *Direitos Humanos e sua Proteção*. São Paulo: FDT, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Coleção Saraiva de Legislação. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 447p.
- BRASIL. Decreto Estadual nº 43.778/04, de 12/04.04. Dispõe sobre ações de integração entre as instituições policiais do Estado de Minas Gerais. Publicado no Minas Gerais - Diário do Executivo, Belo Horizonte, no dia 13/04/2004, na pág. 01, coluna 01.
- BRASIL. Lei 8069 (Estatuto da Criança e do Adolescente). 1992. Coleção Saraiva de Legislação. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FERREIRA, Ivette Senise. *A criminalidade informática*, in: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000, p. 207-237.

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1977.

FRANCO, Alberto Silva e STOCO; Rui. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. Parte Especial. 7 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.

GOMES, Flávio Luiz. *Crimes informáticos*. Disponível em: <www.direitocriminal.com.br>. Acesso em 26 out. 2008.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos Crimes contra a Pessoa*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 8.

GRECO, Rogério. *Curso Direito Penal: parte especial*. 4 ed. Niterói: Impetus, 2007.

JANE MORSE. *EUA intensificam esforços pela liberdade na internet no mundo todo*.

Disponível em:

<http://embaixadaamericana.org.br/index.php?action=materia&id=5069&submenu=padr>>. Acesso em: 24 out. 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional, tomo I*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MUNIZ, Jacqueline Proença Jr, Domício Diniz. *Uso da Força e Ostensividade na Ação Policial. Conjuntura Política: Boletim de Análise do Departamento de Política da UFMG: Belo Horizonte, (Editora UFMG?), 1999.*

PIOVESAN, Flávia Xavier; GOMES, Luiz Flávio. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

PINHEIRO, Reginaldo César. *Os crimes virtuais na esfera jurídica brasileira*. São Paulo: IBCCrim, v. 101, p. 18-19, abr. 2001(separata).

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Brevíssimas considerações sobre delitos informáticos*. São Paulo: ESMP, jul. 2002, p. 140 (Caderno Jurídico, ano 02, n. 04).

SOARES, Luiz Eduardo. *Meu Casaco de General: Quinhentos dias no front da Segurança Pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

Sobre o CGI.BR – Quem somos. Disponível em:

<<http://www.cgi.br/sobre-cg/indez.htm>>. Acesso em: 24 out. 2008.

Sobre a internet. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Internet>>. Acesso em: 27 out. 2008.

Sobre a lan house. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lan_house>. Acesso em: 27 out. 2008.

Sobre a internet protocol. Disponível em:

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Internet_protocol>. Acesso em: 27 out. 2008.

Sobre o Orkut. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Orkut>>. Acesso em: 27 out. 2008.

Sobre o provedor. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Provedor>>. Acesso em: 27 out. 2008

VELHO, Gilberto. *Desvio e Divergência: uma crítica da Patologia Social*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1974.

VIANA, Túlio Lima. *Fundamentos do Direito Penal Informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WACQUANT, Loic. *Punir os Pobres. A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris Ed. 2005.

Execução penal: a lei de execução penal perdeu seu caráter jurisdicional?

Penal execution: has the penal execution Law lost its jurisdiction character?

Tatiane Cristina Pires Pereira

10.º período de Direito, na Faculdade de Direito de Patos de Minas.

e-mail: tatycpires@yahoo.com.br

Resumo: O Direito de Execução Penal visa ao estudo das normas jurídicas que têm por escopo garantir e regular as penas, em todas as suas formas, bem como seu processo e seus incidentes. Um dos grandes problemas enfrentados era o fato de a execução penal ser entendida como um elemento não sujeito ao controle judicial. Portanto, sabiamente, a execução penal tornou-se jurisdicionalizada com o advento da Lei de Execução Penal no ano de 1984. Trata-se de instrumento jurídico avançado, e que veio dar dignidade à execução penal, com o princípio da jurisdicionalização da execução, fazendo com que a Justiça continuasse a acompanhar a execução da pena, em todos os seus incidentes, quer no aspecto técnico, quer nos casos que suscita a execução da pena, embora careça em alguns aspectos de reformulação. Apesar disso, a referida lei ainda mantém excessivos poderes nas mãos do Poder Executivo na gestão da questão prisional. Em consequência, muitas vezes os presos sofrem uma série de sanções sem respeito às mínimas garantias constitucionais do processo. É preciso que se respeitem os direitos dos presos, tornando o sistema totalmente apto a ressocializar, e não criminalizar, como tem feito da forma como se encontra. Na busca por soluções da possível perda do caráter jurisdicional da execução penal, concluiu-se que o melhor a se fazer é reforçar, fortificar o princípio da jurisdicionalização da execução penal.

Palavras-chave: Execução penal. Jurisdicionalização. Sistema carcerário brasileiro. Garantias e direitos dos presos.

Abstract: The Penal Execution Right aims at studying the juridical norms which intends to guarantee and regulate the penalties in all their forms, as well as their processes and incidents. One the greatest problems faced was the fact that the penal execution was understood as an element not subjected to judicial control. Therefore the penal execution became wisely jurisdictionalized with the advent of the Penal Execution Law in 1984. It is an advanced juridical instrument which came to give dignity to the penal execution, with the principle of jurisdictionalization of the execution, forcing Justice to accompany the execution of the penalty, in all its incidents, be it in the technical aspect, or in the cases that give rise to the execution of the penalty, although it demands reformulation. In spite of this, the referred law offers an excessive power to the Executive Power, in the prison matter. In consequence, most of the times the prisoners suffer lots of sanctions with no respect to the minimal constitutional guarantees of the process. There should be respect to prisoners, by turning the system able to socialize and not to criminalize, as has been done. In the search for solutions for the lost of juridical character of the

penal execution, we conclude that the best way is to reinforce and fortify the principle of the jurisdictionalization of the penal execution.

Keywords: Penal execution. Jurisdictionalization. Brazilian prison system. Guarantees and rights of the prisoners.

1. Introdução

A violência, a corrupção, o desrespeito aos direitos humanos, os processos que se arrastam por anos, e às vezes décadas, correspondem ao atual sistema carcerário brasileiro. Embora o sistema preveja por lei e regulamentos, a aplicação de medidas sociais educativas, reintegradoras e de educação profissional, vê-se simplesmente que não funcionam.

O Estado não proporciona possibilidades de aplicação da lei. Ela existe, porém não é aplicada, não sai do papel, a concretização está por muito distante do estado atual, no qual passa muito longe de como deveria ser. É sabido que o Estado proporciona ao preso a alimentação, que nem sempre é adequada, cumpre o que ainda não dá para evitar. Os outros direitos assegurados e que envolvem a assistência material muitas vezes não são respeitados.

O sistema carcerário brasileiro apresenta uma série de dificuldades, sendo a morosidade da justiça um dos fatores dessa realidade, ficando o condenado por um período maior dentro da prisão ou até mesmo à espera do julgamento de seus pedidos, pois estes não são analisados em tempo hábil. Falta celeridade, aplicação do princípio da jurisdicionalidade da execução penal, que proporciona garantias aos presos no processo de execução penal. A jurisdicionalidade foi adotada pela Lei de Execução Penal; entretanto muito trabalho deverá ainda ser feito, para uma efetiva mudança das reais condições em que se encontra o cumprimento das penas.

A Lei de Execução Penal traçou objetivos no sentido de ressocializar o condenado e inseri-lo novamente na sociedade; para isso, é necessário o efetivo trabalho dos órgãos que a compõem, de modo que a execução penal seja cercada das garantias e direitos para uma maior proximidade das decisões com a realidade dos fatos e a justiça.

2. Considerações gerais sobre a lei de execução penal

A Lei nº. 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) foi elaborada após vários projetos no sentido de dotar o país com um sistema de execução penal. An-

teriormente a publicação da referida lei, o momento de execução da sentença penal condenatória se dava por meio de procedimentos administrativos, em que tudo era decidido dentro do próprio estabelecimento carcerário, sem a intervenção do poder judiciário. Este novo dispositivo legal trouxe um sistema no qual a recuperação do condenado passou a servir como medida da própria pena e das formas de seu cumprimento, em vez de formar mera justificativa teórica da prisão.

A mudança foi bastante significativa no que tange ao momento da execução penal, o qual passou a ser jurisdicionado, ou seja, a partir de então os reclusos poderiam recorrer ao judiciário para garantir que todos os seus direitos não atingidos pela sentença fossem, enfim, protegidos. Em seu livro *Execução penal*, o eminente Professor e Desembargador José Miguel Feu Rosa, apresentou na parte introdutória a história dos direitos dos criminosos:

Desde os tempos mais remotos os criminosos nunca tiveram direito de espécie alguma. Eram tratados sem dó, sem misericórdia. Ladrões recebiam uma marca a ferro em brasa, para ficarem conhecidos por toda sociedade, enquanto vivessem, que haviam delinquido; os que caluniavam, difamavam ou injuriavam, tinham a língua cortada; mulheres adúlteras ora eram mortas a pedradas, ora afogadas – e registram crônicas que havia uma região na China em que a condenação consistia em serem mutiladas paulatinamente: o carrasco tinha que cortá-las em 200, 300, 500 e até mil pedaços; um dia cortava um pedaço dum dedo, no outro um dedo, a seguir outro dedo, e assim sucessivamente por meses a fio. Esquartejamentos, mutilações, olhos arrancados, torturas terríveis, mortes na fogueira, na roda, desterro, condenações às galés (o condenado ficava remando durante anos e quase sempre morria antes de cumprir o tempo da pena); ocasionalmente atirava-se o condenado às feras; muitos foram enterrados vivos; só a partir da segunda metade do século 19 e princípios do século 20 começou a surgir uma nova concepção na execução penal, e o preso passou a ser encarado como ser que é (ROSA, 2001, p. 33).

Preceitua o art. 1.º da Lei 7.210/84 que a execução penal objetiva tornar efetivas as disposições da decisão criminal ou sentença e oferecer condições para o cumprimento de determinada sanção imposta ao condenado pelo delito praticado. Em verdade, o ato de condenar não é um fim em si mesmo. É ele o meio para que possa ter início a execução da pena. Trata-se de tema de grande importância, pois a fase de execução aponta para vários problemas com relação à intenção punitiva do Estado e o direito de liberdade do indivíduo, questões que merecem ainda mais a atenção devido à crise por

qual passa o sistema penitenciário brasileiro.

Salientou-se muito a ressocialização do condenado como ideal da execução da pena. Mas o modo como são cumpridas as penas privativas nos presídios, onde a superlotação, mulheres são mescladas com homens, menores amontoados com adultos, não permite que se cumpra esse desiderato, restando à prisão somente a função de segregar o indivíduo do convívio social.

Por conseguinte, há um grande interesse em se avançar na discussão da problemática do funcionamento do sistema, da crise da execução penal. Todavia, outra é a preocupação. Interessa-nos analisar os aspectos jurisdicionais da execução penal no sistema penitenciário brasileiro, para que os presos possam ter garantidos seus direitos.

3. Natureza jurídica da execução penal

A natureza jurídica da execução penal diverge opiniões quanto ao caráter administrativo, jurisdicional ou eclético (misto) da execução da sanção penal, problema que já foi objeto de acirrados debates.

Para os adeptos da corrente administrativa, a atividade jurisdicional estaria encerrada com a decisão criminal condenatória. Após este fato, desenvolver-se-ia uma espécie de relação de poder, em que o condenado ficaria dependente ao interesse da administração. A execução penal atingiria a esfera jurídica do condenado independentemente de seu desejo. Segundo Saleiles, criador desta tese, ao referir-se sobre a “recuperação” de um delinquente e sobre o regresso deste à sociedade

[...] não são atribuições do juiz. Elas não podem ser feitas senão no curso da execução da pena, sob a apreciação daqueles que seguem de perto o progresso do condenado, que o vêem em ação e que podem se dar conta da regeneração que se produziu nele. Não é, pois o juiz que pode determinar de começo a saída da casa de correção, é a administração penitenciária. O juiz assina a carta de guia e faz a escolha da pena; ele designa o estabelecimento onde o indivíduo deve ser colocado, mas não é ele que assina a saída. Isto é atribuição da administração à qual o condenado vai ser confiado. De sorte que o juiz não terá mais que determinar a duração da pena, mas unicamente a natureza e a escolha da pena [...] (SALEILES, 1994, p. 269).

Esta tese está associada a um grave problema, qual seja, a imputação ao administrador prisional de vasta margem de discricionariedade. A importância da natureza

jurídica da execução penal, bem explicita Antônio Scarance Fernandes:

[...] evidenciar que a execução penal é jurisdicional representa, antes de tudo, admitir a existência de um processo de execução cercado de garantias constitucionais, marcado pela presença de três sujeitos principais dotados de poderes, deveres, direitos, obrigações e, por conseguinte, implica em aceitar que o condenado é titular de direitos. Mais importante, portanto, do que a própria afirmação da jurisdicionalidade da execução é a verificação dos primordiais reflexos decorrentes do fato de ser ela atividade jurisdicionalizada: garantia de um devido processo legal, no qual se assegura o contraditório entre as partes e a imparcialidade do órgão judiciário (SCARANCE FERNANDES, 1987, p. 84).

A posição firmada pela Lei de Execução Penal é a de que o sistema prisional passou a ser jurisdicionado e, a partir de então, pelo menos no âmbito teórico, surgem os direitos do recluso, o que é possível visualizar com a leitura de seu art. 2.º, *caput*: “a jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.”

Conforme examina Rogério Lauria Tucci, a jurisdição penal inclui-se no contexto genérico da jurisdição, compreendendo esta como “poder-dever de realização de justiça estatal, por órgãos especializados do Estado”. Entretanto, apresenta características próprias na medida em que é por meio desta forma mais específica de jurisdição que se aplicam “as normas jurídicas penais materiais positivas a um caso concreto”, inserindo-se neste conceito também a ideia de “poder-dever de julgar as causas criminais”.¹

Relevante ressaltar que o poder-dever de prestar a tutela jurisdicional deve realizar-se por meio do processo, com a observância do regramento estipulado pela legislação. O processo neste caso revela-se como instrumento pelo qual a jurisdição se completa, sendo, portanto, inevitável para que exista a aplicação de uma medida de segurança ou pena. No mesmo contexto, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, “o pro-

¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 46, 43 e 44. Dentre as peculiaridades da jurisdição penal, o mencionado autor destaca a irrelevância do conceito de lide, a substituição da contenciosidade pela contraditoriedade, e a coisa julgada, que pode ter autoridade relativa ou absoluta (“Princípio e regras da execução de sentença penal”, *Revista CEJ*, Brasília, n. 7, jan./abr. 1999, p. 59-60).

cesso de execução penal nada mais é do que o instrumento por meio do qual opera a jurisdição, para a tutela judiciária dos direitos subjetivos do sentenciado e para a efetiva realização do comando concreto emergente da sentença” (GRINOVER, 1987, p. 7).

A autora, principal representante brasileira da corrente mista, extrema com transparência as dimensões da execução penal, que, a seu modo, são atividades administrativas: a expiação da pena, o cumprimento material da sentença. Por conseguinte, a apreciação dos incidentes da execução, concessão de livramento condicional, progressão de regime, indulto, remição de pena, comutação de pena, entre outros, é função jurisdicional que cabe ao juiz da execução. Em suas palavras,

[...] deixando de lado a atividade meramente administrativa que resulta na expiação da pena, através da vida penitenciária do condenado, ou de sua vigilância, observação cautelar e proteção, e que é objeto do direito penitenciário e matéria estranha ao processo, o processo de execução penal tem, assim, natureza indiscutivelmente jurisdicional (GRINOVER, 1987, p. 7)

Também assevera: “não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo” (GRINOVER, 1987, p. 10).

É imprescindível demonstrar que o fato de a execução penal ser de natureza jurisdicional representa, antes de tudo, aceitar a existência de um processo de execução penal envolvido de garantias constitucionais, caracterizado pela presença de três sujeitos principais dotados de direitos, poderes, deveres, obrigações e, conseqüentemente, aceitar que o preso é titular de direitos. Deste modo, mais relevante do que a própria declaração da jurisdicionalidade da execução é a averiguação dos essenciais reflexos decorrentes do fato de ser ela atividade jurisdionalizada: garantia de um devido processo legal, no qual se garante a imparcialidade do órgão judiciário e o contraditório entre as partes.

Aliás, embora não se observasse na atividade fiscalizatória do juiz atitude jurisdicional, não se pode perder de vista que seu papel essencial é o de pronunciar decisões propensas a garantir os direitos do preso e impedir desvios no cumprimento da pena. Não é mais possível acolher afirmações de que o condenado não tem direitos, que não pode demonstrar a sua vontade, devendo-se submeter passivamente à execução da pena. Está ele sujeito à execução forçada, mas não fica entregue aos caprichos e

abusos dos órgãos dela encarregados.

Dessa forma, trazer a idéia de jurisdição para a execução penal provoca o reconhecimento de que esta atividade deve ser essencialmente desempenhada através de um processo, desenvolvendo-se perante órgãos estatais especializados, para que a prestação jurisdicional seja efetivada. Em suma, embora a doutrina diverja quanto à natureza da execução penal, todos os doutrinadores concordam em um ponto, que há uma inclinação no sentido da jurisdicionalização.

3.1. Consequências da jurisdicionalização da execução penal

O reconhecimento da progressiva jurisdicionalização da execução penal é incontestável; todavia, apenas alguns doutrinadores sustentam que ela integra a função jurisdicional do Estado desde sempre, por sua própria natureza.

O caráter jurisdicional pela sua relevância e pela essência do direito que sobressai na execução penal desenvolve o processo de execução nos mesmos moldes garantidores do processo penal de conhecimento, ou seja, é a pretensão executória do Estado, associada à preservação dos direitos fundamentais do condenado.

O processo em si apenas pelo fato de existir já enseja uma maior garantia, imagine-se o avanço quanto aos outros direitos. Nota-se, então, que o processo de execução penal está vinculado aos princípios a seguir abordados.

Pelo princípio da legalidade, entende-se que a execução deve acontecer consoante as normas estabelecidas na Lei de Execução Penal. O próprio art. 3º da Lei afirma que “ao condenado e internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. A legalidade é a garantia individual do condenado e também garantia comunitária permitindo a segurança jurídica. Diante de um Estado Democrático de Direito, o indivíduo exposto à execução penal é um indivíduo que detém deveres e direitos. O objetivo da execução sempre estará submetido a uma intervenção judicial e constará na lei. O princípio da legalidade é bastante relevante no ordenamento jurídico, devendo conferir estabilidade, dignidade e funcionalidade ao sistema de execução penal.

De acordo com a máxima *nullum crime, nula poena, sine lege* (“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”), expressão consagrada constitucionalmente no art. 5.º, XXIX da vigente Carta Magna, é possível visualizar a abrangência da legalidade, a qual permeia todo o curso de execução penal, pois é com-

prometida com o sistema jurídico de direitos e garantias.

Pelo princípio do duplo grau de jurisdição haverá a possibilidade de recurso contra todas as decisões exageradas proferidas pelo juiz da execução, podendo, portanto, ser corrigidas pelos tribunais. O recurso cabível será o de agravo em execução, preceitua o art. 197 da Lei de Execução Penal: “Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.”

Pelo princípio do contraditório o condenado poderá produzir todas as provas necessárias à sua defesa. Uma das características marcantes do contraditório é a igualdade de condições das partes, ou melhor, que as partes sejam submetidas a um procedimento dialético, sendo tratadas de maneira isonômica. Entretanto, não basta a mera manifestação ou oitiva do condenado, é necessário que ele seja orientado por uma defesa técnica. No que se refere à defesa técnica, explica Ada Pellegrini:

Embora só esporadicamente a lei se lhe refira, sua insuprimível exigência decorre da Constituição, sempre que haja possibilidade de alteração da modalidade in concreto do título executivo, em face da clausula *rebus sic stantibus*. Mesmo quando o Ministério Público atua aparentemente em favor do sentenciado, na verdade está agindo em prol da justiça. O defensor poderá sempre pedir mais, pois é o único comprometido com a defesa. Assim, o MP tem poder de impulso para os incidentes de execução em favor do sentenciado (*rebus* da justiça), mas é indispensável a intervenção do defensor quando haja possibilidade de modificação do título executivo ou de suas modalidades, estabelecendo-se o contraditório e a igualdade de armas (*par condicio*), antes de o juiz decidir (GRINOVER, 1987, p. 37).

A vigente Constituição Federal afirma o direito ao contraditório em seu art. 5.º, LV que reza o seguinte: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” De acordo com o princípio da ampla defesa também amparado constitucionalmente, ao condenado deverá ser assegurado tudo aquilo que porventura possa vir a beneficiá-lo, por consequência, uma defesa técnica.

De fato, não podem os procedimentos da fase executória ser tomados à revelia da defesa, sob pena de o processo passar a uma mera formalidade. Portanto, a defesa técnica deve ser efetiva, presente, atuando no sentido de resguardar os direitos daquele que cumpre a sanção penal. Acrescenta Dyrceu Aguiar Cintra Júnior que a defesa técnica “é necessária para que valham em sua plenitude as garantias do contraditório e

ampla defesa. Só assim se poderá dizer que de fato se trata de devido processo legal, jurisdicionalizado”.

No processo de execução penal o objeto em tela tem um valor tão relevante, qual seja, a liberdade e sua privação, que se torna indispensável à assistência do condenado por um advogado, para que a ampla defesa se alcance de fato e de direito. O perfil socioeconômico da população penitenciária é de presos absolutamente pobres; portanto cabe ao Estado garantir a atuação da defensoria pública em prol daqueles menos favorecidos.

O princípio do devido processo legal é uma garantia do condenado de ter sua situação jurídica julgada pela autoridade competente, de acordo com o procedimento estabelecido na lei. Para o desenvolvimento do devido processo legal é imprescindível a presença das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.

O princípio da pessoalidade visa a suprimir ao máximo os efeitos nocivos da condenação no que tange à sua família ou pessoas próximas com quem o condenado tem estreita relação social. Uma condenação, além de trazer consequências para o réu, pode provocar uma série de situações extrapenais, por isso busca-se a menor degradação social possível, no tocante à família do condenado. Por este fato, preconiza o art. 5.º, XLV da Constituição Federal: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do partimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executados, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Pelo princípio da igualdade todos os membros de grupos sociais deverão ser submetidos à mesma expectativa abstrata de execução penal. A própria Lei de Execução Penal traz no seu art. 3.º, parágrafo único que não poderá haver distinção de qualquer natureza, sem contar que a Constituição Federal brasileira também estabelece que perante a lei todos são iguais.

De acordo com o princípio da individualização da pena, o tratamento penitenciário empregado a cada condenado visa à aquisição do maior número de informações possíveis, para se delinear um sistema de execução adequado a cada condenado. Esse sistema advindo da Lei de Execução Penal busca identificar características próprias de cada condenado, principalmente durante a execução da pena, mas conseguindo elementos obtidos no processo de conhecimento. A previsão constitucional está localizada no art. 5.º, XLVI, 1ª parte, rezando que a individualização da pena será regulada por lei. Já a previsão da LEP, em seu art. 5º, dispõe que para a orientação da individualiza-

ção da execução da pena serão os condenados classificados no tocante a seus antecedentes e personalidade.

Com o princípio da humanização da pena observa-se que a pena não é tão somente função de castigar, meramente retributiva de punição, mas, sim, que esta deverá ter a função de reintegração social. Penas cruéis e degradantes são indiscutivelmente vedadas pela nossa Carta Magna. O condenado não perde o atributo da dignidade humana, que tem previsão constitucional.

A Lei de Execução Penal inovou vários aspectos da humanização das penas, principalmente quando prevê o trabalho como obrigação do Estado e direitos e deveres do condenado, o qual necessita de tais condições para ser ressocializado. Entretanto, o trabalho não ocorre devido à falta de condições para sua execução nos estabelecimentos existentes, que atualmente não passam de mero depósito de presos. Indispensável também é a garantia do juiz natural; assim, a regra é que o juiz competente para a execução penal seja o indicado na lei de organização judiciária local. Com esta garantia obtêm-se a imparcialidade do órgão julgador, que se coloca acima dos interesses em questão no processo, evitando, assim, favorecimentos injustificáveis ou a pretensão de acarretar algum prejuízo.

Destaca-se ainda a garantia da motivação. O dever de motivar os atos decisórios encontra-se previsto na Carta Magna, impondo a necessidade de justificação sob pena de nulidade. Com isso, tem-se uma importante garantia contra o arbítrio e o subjetivismo na decisão judicial, contribuindo para o controle dos atos decisórios.

Por fim, a garantia do prazo razoável para a solução das questões e incidentes levados ao conhecimento do juiz da execução penal. Previsto constitucionalmente, são assegurados a todos, a razoável duração do processo, como também os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

Segundo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, ferir um Princípio é abalar o pilar de sustentação do nosso ordenamento jurídico, *in verbis*:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irrenunciável a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com o ofendê-lo, abatem-se as vigas os sustém, e alui-se a estrutura neles esforçada (MELLO, 1992, p. 230).

4. Órgãos da execução penal

Os órgãos da execução penal são essenciais para que os objetivos da Lei de Execução Penal sejam atingidos, sobretudo a ressocialização e reinserção do condenado no ambiente social. Os objetivos da execução penal, quais sejam, a efetivação das disposições da sentença e oferecimento de condições para a harmônica integração social do condenado são almejados por meio de uma atividade complexa (jurisdicional e administrativa), exercida em conjunto com o Poder Judiciário, Poder Executivo, Ministério Público e a comunidade.

São órgãos que, cada qual na sua função específica, atuam com vistas ao mesmo fim, concluindo-se que a atuação de cada órgão da execução penal deve ocorrer em harmonia com os demais, de forma a constituir uma unidade, embora isto seja difícil em razão da diversa natureza jurídica dos mesmos. Os órgãos da execução penal foram elencados no art. 61 da Lei de Execução Penal, os quais estão estabelecidos sem um rigor hierárquico. São eles o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Juízo da Execução, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, os Departamentos Penitenciários, o Patronato e o Conselho da Comunidade. Tal ordem não é taxativa, podendo intervir outros órgãos, como a Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana na execução penal.

As atribuições de cada um dos órgãos citados no art. 61 foram estabelecidas de modo a impedir conflitos, destacando-se, por outro lado, a possibilidade de atuação em conjunto, destinada a superar os inconvenientes derivados do antigo conceito de que a execução das penas e das medidas de segurança era assunto de natureza meramente administrativa.

Com objetivos mais políticos que jurídicos, pretendeu-se uma flexibilização na maneira de tratar o condenado, de executar a pena e permitir uma dinamização de todo o processo executório. Ressalta-se ainda, na atribuição das competências dos presentes órgãos, um sentido de jurisdicalização da execução penal, juntamente com um caráter político criminal da participação da comunidade nesse processo, por meio da atuação dos patronatos e do conselho da comunidade.

4.1. Do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

É um órgão subordinado ao Ministério Público, tendo sua sede na Capital da República. O Departamento Penitenciário Federal atua como seu órgão de apoio admi-

nistrativo. Compõe-se de treze membros, designados por ato do Ministério da Justiça, dentre profissionais e professores da área de Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos Ministérios da área social. O mandato de seus membros é de dois anos de duração.

Suas atribuições em âmbito federal ou estadual são: propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança; contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária; promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País; estimular e promover a pesquisa criminológica; elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor; estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados; estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal; inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento; representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal; representar a autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

4.2. Do Juízo da Execução

O juiz competente para a execução penal será o apontado pela lei de organização judiciária local. Não havendo este, a competência permanece com o juiz que prolatou a sentença. As atribuições do juiz, algumas de natureza jurisdicional e outras administrativas, estão previstas no art. 66 da Lei de Execução Penal. São atribuições de caráter administrativo determinar a transferência do preso, fiscalizar o correto cumprimento da pena e da medida de segurança, inspecionar os estabelecimentos prisionais, sob sua competência, tomando providências para o seu correto funcionamento e apurando a responsabilidade de funcionário responsável pelo preso, compor e instalar o Conselho de Comunidade, emitir anualmente atestado de pena a cumprir e interditar o estabelecimento penal, cujo funcionamento foi inadequado ou esteve em condições

precárias. São funções jurisdicionais a declaração de extinção da punibilidade, a soma ou unificação das penas, a aplicação de lei posterior aos casos julgados², quando benéfica, a progressão ou regressão nos regimes, a aplicação de remição da pena ou detração, a concessão ou cassação de livramento condicional e suspensão da pena, a concessão de autorização de saída, a deliberação sobre os incidentes de execução, as determinações atinentes à forma de cumprimento da pena, suas conversões e aplicação da medida de segurança.

4.3. Do Ministério Público

O Ministério Público, como parte que é do processo de execução penal, busca, a partir da decisão criminal condenatória com trânsito em julgado, efetivar a pretensão executória do Estado. Após o Juízo, o Ministério Público é o órgão que tem maior soma de deveres para controlar a legalidade da execução. Exige-se que este órgão seja responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade perante o Judiciário.

De acordo com o art. 68 da Lei de Execução Penal, o Ministério Público tem como funções: fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento; requerer providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo, instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução, aplicação e revogação de medida de segurança, conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional, a internação, desinternação e o restabelecimento da situação anterior; e interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução.

O Ministério Público é o mais relevante órgão de fiscalização de execução, pois tem o direito de oficializar extensivamente no processo por meio de recursos e requerimentos, como também ser ouvido obrigatoriamente nos procedimentos correspondentes a todas as situações previstas na Lei no seu art. 196.³ Sintetizando, a participação do Ministério Público tem significado maior do que mero *custos legis*.

² Art. 5.º, XL, CF: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”; e art. 2.º, parágrafo único CPB que reza: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”

³ Art. 196. A portaria ou petição será autuada ouvindo-se, em 3 (três) dias, o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida.

4.4. Do Conselho Penitenciário

O Conselho Penitenciário tem seu funcionamento regulado por legislação federal e estadual, e compõe-se de membros indicados pelo governador do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, os quais são profissionais e professores de Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como representantes da comunidade. Suas atribuições são fiscalizadoras e consultivas na execução penal.

Ao Conselho Penitenciário cabe emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, exceto quando o pedido de indulto for baseado no estado de saúde do preso; inspecionar os estabelecimentos e serviços penais; apresentar, no primeiro trimestre de cada ano, ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, relatório dos trabalhos efetuados no exercício anterior; supervisionar os patronatos, bem como a assistência aos egressos (art. 70 Lei de Execução Penal). De acordo com o art. 131 da Lei de Execução Penal, também poderão emitir parecer em livramento condicional.

4.5. Dos Departamentos Penitenciários

O Departamento Penitenciário, subordinado ao Ministério da Justiça, é um órgão de executivo da política penitenciária nacional e de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Cabe ao Ministério da Justiça o repasse de verbas para o sistema penitenciário.

Importante destacar que o Departamento Penitenciário Nacional é o principal órgão executivo da política penitenciária nacional, em razão de suas atribuições, quais sejam: acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o território nacional; inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais; assistir tecnicamente as unidades federativas na implementação dos princípios e regras estabelecidos nesta lei; colaborar com as unidades federativas, mediante convênios, na implementação de estabelecimentos e serviços penais; colaborar com as unidades federativas para a realização de cursos de formação pessoal penitenciário e de ensino profissionalizante do condenado e do internado; estabelecer mediante convênios com as unidades federativas, o cadastro de dados existentes em estabelecimentos locais destinados ao cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de outra unidade federativa, em especial para presos sujeitos a regime disciplinar e coordenar e supervisionar os estabelecimentos penais e de internamento federais.

4.6. Do Patronato

O Patronato pode ser considerado como parte do tratamento penitenciário, ou seja, do processo de reinserção do condenado à sociedade. Portanto, sua maior atribuição é auxiliar o egresso a superar as dificuldades iniciais, especialmente no momento do alcance da liberdade. A Lei de Execução Penal, precisamente no seu art. 78, prevê a existência do Patronato, público ou privado, que se destina a prestar assistência aos albergados e egressos. Atualmente, uma das maiores dificuldades advindas da pena privativa de liberdade é a marginalização social sofrida pelo preso, tanto aquele que ainda cumpre a pena, como aquele que já está fora do estabelecimento penal.

Dá-se enorme importância à completa reinserção social do egresso, pois, quanto mais difícil for seu reajustamento, maior será a probabilidade de reincidência no crime. Devido ao exposto competem ao Patronato as seguintes funções: visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca; entrevistar presos e apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário.

4.7. Do Conselho da Comunidade

O Conselho da Comunidade é necessário em todas as comarcas, devendo existir para neutralizar os efeitos danosos da marginalização; muitos condenados não possuem condições mínimas ao reingressar a sociedade. Devido a isto, ao descaso no tratamento oferecido pela sociedade, é que se evidenciam as causas de reincidência. Deverá ser composto, no mínimo, por um representante da associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela OAB e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais. Caso falte algum representante, fica a critério do juiz da execução a escolha dos integrantes do Conselho.

Suas funções são: visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca; entrevistar presos; apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário e diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento. Não se trata de *numerus clausus*, podendo o Conselho atuar de modo mais abrangente, como verdadeiro gestor da execução penal. Como exemplo, pode o Conselho ser responsável pelo cadastramento de entidades assistenciais que serão beneficiadas e gerir o encaminhamento a elas dos gêneros materiais, alimentos, remédios e outros que forem arrecadados.

5. Possível perda do caráter jurisdicional na execução penal

Analisada anteriormente a natureza jurídica da execução penal, com duplo aspecto, jurisdicional e administrativo, embora prevaleça o caráter jurisdicional, por sua relevância e essência do direito, que abrange à preservação dos direitos fundamentais do condenado, cabe agora efetivar tal reconhecimento jurisdicional na execução penal, contribuindo para um sistema penitenciário que atenda melhor os objetivos de ressocialização e reinserção do condenado.

O sistema carcerário brasileiro enfrenta sérios problemas, como o de permanecer o condenado em lugar superlotado, sujo, sem espaço para descanso, propício a doenças, insalubre, corrompido, esquecido. O histórico deste sistema também aponta sérias barbaridades já ocorridas em presídios. Em 1989, em São Paulo, no 42º DP, 18 presos foram asfixiados cruelmente por policiais. Em 1992, na Casa de Detenção em São Paulo, no Carandiru, 111 foram executados. Em 2000, 13 foram assassinados no presídio Mata Grande em Rondonópolis/MT. Em 2001, o Brasil é surpreendido pela eclosão de uma super-rebelião de presos: 29 unidades prisionais do Estado de São Paulo em 19 cidades revoltaram-se ao mesmo tempo. Tal organização, denominada Primeiro Comando da Capital (PCC), que surgiu por volta de 1993, ficou conhecida pela prática de atos de violência e fugas. A Secretaria de Assuntos Penitenciários só readquiriu o controle da situação após 27 horas. Houve 16 mortos. Anos depois, entre os dias 21 e 28 de março de 2006, diversas unidades prisionais do estado de São Paulo foram tomadas por revolta de seus internos, inaugurando uma série de atos de violência organizada no país. Como reivindicações apresentadas, reclamavam os condenados da superpopulação carcerária, buscando transferência de presos com condenações definitivas para penitenciárias, bem como o aumento no número de visitantes e a modificação da cor dos seus uniformes.

No ano de 2002, 27 foram mortos em uma rebelião no presídio de Urso Branco em Porto Velho/RO. Outros 30 morreram em 2004 na Casa de Custódia de Benfica/RJ. Em 2007, mais 25 mortos na Cadeia Pública de Ponte Nova/MG. Em 2008 mais 8 foram mortos na Cadeia Pública de Rio Piracicaba/MG, e assim por diante.

Em setembro de 2000, uma caravana da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados percorreu vários presídios do país. Em seu relatório, a Comissão aponta uma situação vergonhosa e trágica, em que é possível encontrar pessoas perigosas com as que não o são, tuberculosos, aidéticos e esquizofrênicos sem a menor

assistência médica. No Ceará os presos alimentavam-se com as mãos, e a comida por vezes estava danificada, esta também era entregue aos presos em sacos plásticos, os quais em Pernambuco eram utilizados para a defecação dos presos isolados. No Rio de Janeiro, precisamente em Bangu I, os presos não tinham oportunidade de trabalho nem estudo, pois isso ameaçaria a segurança. No Paraná um condenado estava preso por sete anos em cela de isolamento, sem direito a visitas e banho de sol. Na Penitenciária do Jacuí, no Rio Grande do Sul, com aproximadamente 1241 presos, havia apenas a assistência de um único procurador do Estado, e em dias de visita, os familiares passavam por revistas corporais ficando desnudos e obrigados a aceitar arregaçamento e flexões do ânus e vagina. Segue um trecho do relatório da Comissão:

As visitas foram feitas sem aviso prévio, o que garantiu a possibilidade de vários flagrantes de situações irregulares e procedimentos ilegais, deixando, ao final, a sensação de que o sistema prisional brasileiro funciona absolutamente “fora da lei”, sendo ignorados os imperativos da Lei de Execução Penal. Coordenada pelo presidente da Comissão de Direitos Humanos, deputado Marcos Rolim (PT-RS), a caravana encontrou um quadro de total desrespeito aos direitos humanos. Foram vistos presos com doenças graves abandonados sem tratamento, constatada a prática de tortura e de espancamentos, a superlotação, extorsão de familiares para permissão de visita, péssima alimentação (Relatório da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, 2000).

Mulheres são presas juntamente com homens, menores são amontoados com adultos, uma menor pode ser estuprada por homens, pelo fato de se encontrar detida com mais de 20 homens na mesma cela e nada acontece. Diante de tanta afronta à dignidade e direitos humanos é que somos indagados a pensar se a jurisdicionalização da execução penal, a qual trouxe um forte amparo dos direitos e garantias individuais, está perdendo seu caráter, ou já perdeu, entregando poderes aos administradores prisionais, fazendo a condição jurídica do condenado retornar a um estado de sujeição sem as mínimas garantias.

O grande número de reincidentes (cerca de 70%) ocorre devido à grande violência e à falta de infraestrutura dentro dos presídios e também ao descaso dos governantes que muitas vezes são coniventes com o problema. Tornam-se reincidentes, pois a sociedade nem tampouco o poder público oferecem condições para o ex-presidiário. Este será sempre objeto de preconceitos e nunca será visto como um indivíduo normal, nem ao menos digno de oportunidades no mercado de trabalho.

Geralmente a sociedade clama por maior repressão ao crime, elevação de penas, piora no tratamento dispensado aos presos. Imagina-se que o temor ou sofrimento que um condenado possa sentir dentro da prisão seja hábil a inibir a prática criminosa. Pelo contrário: as condições precárias e o desrespeito aos direitos levam ao preso revolta. Admitir que a execução penal seja jurisdicional passa também por uma mudança na mentalidade da sociedade. Acredita-se, erroneamente, que o condenado tem benefícios e não direitos, que o condenado não é um indivíduo que deve ser respeitado. Para seu processo de reinserção social é impreterível que seus direitos sejam respeitados, a fim de que ele aprenda a respeitar os de outrem.

Em razão dessa sistemática, é fácil concluir que o acompanhamento da execução pelo juiz deve ser intenso e permanente. A maior garantia na proteção dos direitos do preso provém da jurisdicionalização da execução penal. A conquista do processo de execução penal jurisdionalizado é resultado do entendimento de que o processo é instrumento de realização da justiça. Há uma necessidade por efetividade da norma constitucional e amparo visível aos direitos fundamentais, para que deixem de ser meros enfeites de uma norma formalmente democrática e adquiram uma dimensão eficaz. Existe uma série de irregularidades imperando na execução penal, total ausência de políticas públicas, que constituem obrigações constitucionais, notadamente a dignidade humana, o que somente reforça a necessidade, cada vez maior, da intensificação da jurisdionalização.

6. Privatização do sistema carcerário

Defensores da privatização do Sistema Carcerário afirmam que tal mudança seria uma solução para a superpopulação dos presídios, rebeliões, tentativas de fuga, motins e o alto custo com a manutenção dos presos, pois obteriam maior eficiência no cumprimento da pena de prisão e um custo menor aos cofres públicos. Muitos são os que discordam argumentando ser uma questão de inconstitucionalidade, uma vez que a segurança e a justiça são funções exclusivas do Estado.

Um sistema que lida com a punição da corrupção e do enriquecimento ilícito, bem como inúmeros outros casos em que a finalidade lucrativa leva a pessoa a delinquir, como confiar a uma iniciativa privada que visa apenas o lucro? Seria, no mínimo, arriscado e perigoso, mesmo com a vigilância do Estado. Hoje o Estado depara-se com carcereiros corrompendo-se para lucrar alguns poucos, mesmo sendo o sistema públi-

co. Imagine-se o sistema carcerário entregue a uma entidade privada que visa unicamente a obtenção do lucro.

A Carta Magna de 1988 adotou princípios decorrentes da teoria personalista que se caracteriza por reconhecer a indisponibilidade da pessoa humana, inviolabilidade da vida, manutenção da integridade física do ser, a liberdade e dignidade de cada indivíduo. Cabe, portanto, exclusivamente ao Estado o poder de coerção, o direito de punir, a execução das penas, ou seja, impor sanções àqueles que cometeram atos ilícitos, sendo vedado, assim, a qualquer homem exercer sobre o outro qualquer espécie de poder que seja manifestado pela força.

Os artigos 2.º e 144 da Constituição Federal Brasileira tratam da autonomia do Estado sobre a pretensão e execução das medidas punitivas, e sendo esta a execução penal extensão da atividade jurisdicional interessando à segurança da comunidade, os estabelecimentos penais, onde se dá a execução penal, não podem ser privatizados. As funções de guarda de presos, administração e direção do estabelecimento são de competência exclusiva, e por isso, indelegáveis aos particulares, posto que decorrem da soberania do Estado, bem como o julgamento dos ilícitos penais, a aplicação das sanções e todo o acompanhamento da execução da pena.

7. Projeto de administracionalização da execução penal

Foi elaborada uma proposta apresentada pelo Secretário de Assuntos Penitenciários de São Paulo, Nagashi Furukawa, na reunião do Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária (CONSEJ), realizada no dia 10 de novembro de 2005. Preveem-se duas alterações na Lei de Execução Penal. Tais alterações seriam: a) caberá às autoridades administrativas das unidades federativas decidir e promover, de comum acordo, as remoções de preso condenado ou provisório; e b) se o juiz da execução exceder o prazo de trinta dias sem proferir sentença, os pedidos de progressão e regressão de regime, livramento condicional, remoção para estabelecimento em local distante da condenação e indulto serão decididos pela autoridade administrativa.

Tal proposta atinge direitos e garantias fundamentais que não pertencem a uma parcela das pessoas, mas a todas, individual e universalmente consideradas. Os autos foram encaminhados ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a fim de proferir parecer sobre o projeto. Diante da repercussão que o projeto ganhou no

meio jurídico, decidiu-se pela realização de audiência, que foi levada à Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo no dia 16 de março de 2006, para seu conhecimento e apreciação. Dentre as várias manifestações, o Parecer do Movimento Antiterror disse que

após o exame das questões que envolvem a proposta de projeto, pode-se atestar que se trata de um projeto que esconde a motivação real: aumento de poder nas relações intra-muros. O administrador deterá poder absoluto sobre a vida do encarcerado, aumentando a facilidade de corrupção estatal/institucional já patológica nos presídios. [...] Não será com a supressão de direitos e garantias que se conseguirá resolver o grave problema do sistema carcerário nacional e o congestionamento das varas de execução criminal ou daquelas que tem competência cumulativa. Essa ideologia da mutilação constitui uma grave tentativa no cenário e na história dos direitos humanos e gera o perigo de restrições de direitos civis e políticos declarados na Constituição e textos internacionais sempre que as estruturas administrativas de implementação revelarem as suas carências e impossibilidades. Mas o remédio para o conflito entre os direitos e a crise de administração jamais poderá ser a supressão daqueles e sim o fortalecimento das condições desta (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2006, p. 238-241).

Parecer da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro:

A proposta em tela, nos moldes formulados, parte de uma salutar e legítima premissa: a preocupação com a celeridade do processo de execução penal. No entanto, apresenta como solução uma medida (transferência do poder judicial para o administrativo) de duvidoso êxito, mas de segura violação à Constituição da República, em função do manifesto desrespeito aos axiomas constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, do contraditório e da igualdade (como impecavelmente exposto no parecer do Movimento Antiterror, a cujo manifesto o presente parecer vem aderir). A ampla intervenção do poder judiciário na execução penal traduz o meio mais eficaz de tutela do princípio da legalidade (*nulla poena sine lege*). Se este princípio vincula estreitamente a caracterização do delito (garantia criminal) e aplicação da pena (garantia penal), não há razão para ser esquecido no curso da execução (garantia executiva). Desse modo, todas as fases do curso penal estariam resguardadas pela efetiva jurisdicionalidade e pelas formas, modalidades e circunstâncias previstas na lei. É imperioso que seja buscada soluções efetivas para a problemática da morosidade judicial, mas que não sejam atentatórias aos direitos elementares dos apenados jurisdicionados (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2006, p. 242-244).

O Manifesto de entidades “Não à desjurisdicionalização” destacou:

É preciso que se faça uma reforma no sistema de execução da pena privativa de liberdade, não para desjurisdicionalizá-lo, mas, sim para efetivar as garantias previstas na LEP há mais de vinte anos que ainda não foram implementadas, o que somente será possível se resguardados os direitos fundamentais. O cumprimento da pena há de ser compatível com o respeito as garantias fundamentais do condenado. Nesse contexto, é necessário que não se perca de vista que o princípio irrenunciável ao direito de jurisdição de todas as pessoas não permite a exclusão do direito à jurisdição das pessoas presas, das quais não se pode subtrair a dignidade humana, valor universal. O princípio se desdobra e visa garantir não apenas o acesso à justiça, ao contraditório, a ampla defesa, ao publicismo necessário, mas, em última análise, a manutenção do Estado Democrático de Direito. A individualização da pena e sua progressividade devem ser exercidas como direitos e princípios irrenunciáveis, pautados para o presente, enquanto buscam o livre desenvolvimento e a preservação da dignidade do sentenciado e, para um futuro tendo por objetivo fundamental a restituição da liberdade, cabendo à autoridade judicial a adequação da pena às suas condições pessoais (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2006, p. 247-248).

A conclusão foi no sentido de posicionar integralmente contra o projeto de administracionalização da execução penal, devendo-se cada vez mais propiciar o fortalecimento da jurisdicionalização da execução penal.

Conclusão

Quando uma pessoa é condenada, cria-se especial vínculo de subordinação, o qual se positiva por complexa relação jurídica entre o Estado, que passa a tutelar o preso, com deveres para com ele, e este, a par dos direitos do Estado, passa a ser portador de direitos especiais, devido a essa mesma relação.

A jurisdicionalidade não pode ser algo meramente formal, uma atuação simbólica do juiz que ao menos conhece o histórico da pessoa sobre a qual está se manifestando. É imprescindível o contraditório e ampla defesa, tornando-os efetivos, reais, para que a melhor decisão seja encontrada no processo com a devida verdade. Tão relevante quanto, é a motivação dos atos decisórios, cujo caráter é incompatível com frases prontas, aplicáveis aos mais diversos processos executivos.

A jurisdicionalização trouxe um grande avanço no respeito aos direitos individuais; a análise dos órgãos da execução penal também nos mostra que suas funções não podem ficar apenas previstas em lei, mas contribuindo para a mudança da realidade. Com isso, no cumprimento dos princípios e regras do sistema, tão imprescindível quanto a previsão legal, supõe-se que as pessoas igualmente mudem suas concepções e adotem novas atitudes.

A prática de um delito não autoriza como resposta a prática de outros, e quando não se protege um direito de um condenado, está se consentindo que um bem jurídico seja violado sem que nenhum ato seja feito para cessá-lo. A Lei de Execução Penal, mesmo não sendo uma lei atual, deveria ser o início de grandes transformações no sistema prisional brasileiro.

Não é necessária uma urgente modificação na legislação, mas sim, assegurar o efetivo cumprimento das regras vigentes. A Lei de Execução Penal oferece instrumentos e disposições que tendem a humanizar o cumprimento das penas, como a assistência material, jurídica, social e religiosa, bem como a assistência à saúde e à instrução escolar; considere-se ainda o ensino profissionalizante, o trabalho, dentre outras, viabilizando a reinserção social do indivíduo. Os riscos de ignorarmos os direitos garantidos a toda pessoa humana e aos presos é o de nos tornarmos as próximas vítimas do condenado que, depois de ser (des)ressocializado, retorna ao convívio social.

Toda vez que é omitida uma garantia constitucional relativa a direitos humanos, não são retiradas as garantias de um grupo, mas, sim, de toda a coletividade, podendo vir a acontecer de um dia toda a sociedade ser vítima da omissão dos mesmos direitos.

Portanto, concretizar os objetivos da Lei de Execução Penal deve ser um desafio constante de todos que participam desta grande tarefa de reabilitar o indivíduo que feriu a norma penal, reconhecendo o seu erro, punindo-o na medida mais justa, mas sem esquecer seu lado humano.

Referências

2000, *Relatório da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados no ano de*. Disponível em: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/comissoes/cdhm/relatorios/RelatAtiv2000.pdf>. Acesso em 19/09/2008.

ALBERGARIA, Jason. *Manual de direito penitenciário*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Relatório do parecer: execução penal. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 19, p. 236-252, jul/dez. 2006.

BREGA FILHO, Vladimir. Crimes hediondos e progressão de regime. *Revista Jurídica*. Rio de Janeiro, v. 54, n. 348, p.112-123, out. 2006.

BUTA, Cirelene Maria da Silva; LINHARES NETO, Benon. O recluso: objeto ou sujeito da execução da pena privativa de liberdade? *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 19, p. 51-55, jul/dez. 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO FILHO, Luis Francisco (ed.). *Criminalista mostra por que as prisões brasileiras falham*. São Paulo: Folha Online, 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/publifolha/ultl0037u351830.shtml>>. Acesso em: 22 fev. 2007.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Reflexões críticas e propostas para a execução penal. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, v. 1, n. 10, p. 15-24, jul/dez. 1997.

GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal, in: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudências e súmulas*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

KUEHNE, Maurício. Elementos jurídico-sociais da execução penal no âmbito do Mercosul enfoque brasileiro. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 11, p. 57-80, jan/jun. 1998.

LEITE, Rosimeire Ventura; CANELA, Kelly Cristina. Execução Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 863, n. 96, p. 460-482, set. 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. O direito do preso. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 11, p. 47-56, jan/jun. 1998.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSA, José Miguel Feu. *Execução Penal*. apud TEIXEIRA, Antonio Leopoldino. O Sistema Penitenciário do Brasil. *Revista da União de Escolas de Ensino Superior Capixaba – UNESC*. Colatina/ES, v. 1, n. 1, p. 33, jul. 2001.

SALEILES, R. *L'individualisation de la Peine*, p. 269, apud GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 102.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *O Ministério Público na execução penal*, in: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coord.). *Execução Penal*, São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 84.

TEIXEIRA, Antonio Leopoldino. O sistema penitenciário do brasil. *Revista da União de Escolas de Ensino Superior Capixaba-UNESC*, Colatina/ES, v. 1, n. 1, p. 33-42, jul. 1998.

Considerações acerca do bem jurídico do crime de *insider trading* e sua tutela pelo delito de perigo abstrato

Considerations on the juridical matter of the insider trading crime and its tutelage by the abstract danger fault

Thiago Aramizo Ribeiro

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Membro do Grupo de estudos em Direito Penal Econômico sob a orientação do Prof. Dr. Fábio Guedes de Paula Machado. e-mail: aramizo@live.com

Resumo: Na hodierna sociedade de risco, o delito de perigo abstrato surge como tentativa de proteção de bens jurídicos transindividuais, agora como nunca encarados como merecedores de tutela penal. Neste contexto o crime de uso de informação privilegiada ganha destaque como representante deste novo movimento de tipificação, trazendo consigo dúvidas quanto à aplicação deste moderno Direito penal. O trabalho pretende transcorrer sobre a classificação do crime de *insider trading* como de perigo abstrato. Para tanto, recorrer-se-á ao pensamento da doutrina nacional e estrangeira, tendo em vista tratar-se de assunto ainda controverso na ciência do Direito penal em ambos os níveis. Nos primeiros tópicos serão analisados, brevemente, os institutos do bem jurídico transindividual e do perigo abstrato, para ao final discorrer efetivamente sobre o delito de *insider trading* como delito de perigo abstrato, concluindo por considerar esta a única maneira eficaz de tutela do funcionamento do mercado de valores. O presente trabalho é uma adaptação do trabalho apresentado no Encontro de Pesquisa Jurídica realizado pela Universidade Federal de Uberlândia e pela Universidade Estadual de São Paulo, em razão da necessidade de acréscimos a considerações à teoria da lesão de perigo.

Palavras-chave: informação privilegiada; perigo abstrato; mercado de valores; sociedade de risco; lesão de perigo.

Abstract: In the present society of risk, the fault of abstract danger comes as an attempt of protection of trans-individual juridical goods, now faced as deserver of penal tutelage. In this context, the crime of use of privileged information stands out as a representation of this new typification movement, bringing with itself some doubts related to the application of this modern penal right. This research intends to argue on the classification of the crime of *insider trading* as of abstract danger. This way we will consider the thought of national and international doctrine, because it refers to a controversial topic in the science of penal right in both levels. In the first topics we will analyze briefly the institutes of trans-individual juridical goods and of abstract danger, so as to argue about the fault of insider trading as a fault of abstract fear, concluding that this is the only effective way of tutelage in the market of values. The present paper is an adaptation of the work presented in the Congress of Juridical Research promoted by the Universidade Federal de Uberlândia and the Universidade Estadual de São Paulo, because of a need of increase to considerations to the theory of danger lesion.

Keywords: privileged information. Abstract danger. Value market. Risk society. Danger lesion.

1. Introdução

No contexto atual da sociedade de risco, observa-se um agigantamento no número de tipificações penais por parte do Legislativo. Se não bastasse o aumento quantitativo do Direito Penal, verifica-se da mesma forma a ampliação qualitativa das hipóteses de incidência da norma penal, possibilitando o exercício do *jus puniendi* mediante a realização de comportamentos que no passado dificilmente teriam aptidão de exigir do Estado-juiz a imposição de pena. Tal fenômeno se conhece por expansão do Direito Penal (SILVA SANCHÉZ, 2003), e tem por consequências o aumento e o agravamento do número das condutas tidas por injusto penal, muitas vezes de forma não refletida.

Winfried Hassemer, ferrenho crítico deste movimento, representante da Escola de Frankfurt, aponta como características da hodierna ciência penal a proteção de bens jurídicos que agora são encaradas não como critério negativo de tutela penal, mas como positivo, e também a tendência a se orientar o Direito penal não como *ultima ratio*, mas como *sola* ou *prima ratio* para a solução dos problemas sociais, orientando-o pelas consequências e, o que realmente aqui nos interessa, a prevenção: "(...) o que no Direito penal clássico era no máximo um fim paralelo da justiça penal, torna-se o paradigma penal dominante" (HASSEMER, 2001: 59).

Fruto deste expansionismo penal, insere-se o crime de uso de informação privilegiada, ou como também é conhecido, crime de *insider trading*, com o fim preventivo de controlar as operações realizadas no mercado de valores. No entanto, observa-se que na prática, apesar de a tipificação já existir há quase uma década, ela não logrou êxito em efetiva aplicação. Reconhecidamente, esta deficiência da norma tem origem não apenas em barreiras fáticas para o processo investigatório do crime que nasce a partir do processo administrativo presidido pela Comissão de Valores Mobiliários (CMV), mas antes, revela incompreensões em nível dogmático que obstam sua irradiação no caso concreto.

Dos elementos que impõem dificuldades, encontra-se a delimitação do tipo de crime de que trata o delito de *insider*, em sendo ele de lesão ou de perigo, e mais, se considerado de perigo, se concreto ou abstrato.

Nesse diapasão faremos antes uma análise do bem jurídico transindividual e do crime de perigo, para em seguida passarmos à análise do tipo penal, no que se refere ao bem jurídico tutelado pela norma para, por fim, apresentarmos nossa orientação, a qual desde já adiantamos, é no sentido de que o delito de *insider* é típico delito de peri-

go abstrato, legítimo, tendo em vista a importância do bem jurídico transindividual tutelado.

O presente trabalho consiste na reformulação de trabalho anteriormente apresentado no Encontro de pesquisa jurídica realizada pela coordenação dos cursos de pós-graduação das faculdades de Direito da Universidade Federal de Uberlândia e da Universidade Estadual de São Paulo, trazendo algumas mudanças efetivamente acerca da teoria da lesão de perigo de Urs Kindhäuser.

2. Considerações acerca do bem jurídico transindividual.

A tutela de bens jurídicos é sem dúvida a finalidade do Direito Penal, assim como bens essenciais ou como condições de desenvolvimento do indivíduo devem ser objeto de tutela penal sempre que estritamente necessário. Dessa forma, o Direito penal deve adaptar-se à natureza de cada espécie de bem jurídico, caso contrário a proteção será inútil.

Bens jurídicos transindividuais (também denominados genericamente como supra-individuais, universais etc.) são bens considerados fundamentais para a existência e desenvolvimento das potencialidades do indivíduo inserido em uma coletividade organizada, cuja referência ao individual dá-se indiretamente. Subdividindo-se em institucionais, cuja tutela aparece intermediada por uma pessoa jurídica de direito público, coletivos, em que os afetados podem ser determinados, ainda que imprecisamente, e difusos, cujo caráter é plural e indeterminado, relativos a toda coletividade. Importante ressaltar é que em todas estas subespécies o bem sempre terá referência no indivíduo como cidadão (PRADO, 2007).

Urs Konrad Kindhäuser, catedrático da Universidade de Rostock, a sua vez, defende que bens jurídicos são as condições, garantidas juridicamente, de livre desenvolvimento do indivíduo em uma sociedade concretamente configurada. Assim quando "(...) se garante a um concreto portador, será um bem jurídico individual; se serve ao desenvolvimento livre de muitas pessoas indistintamente, estaremos ante um bem jurídico universal" (KINDHÄUSER, 1995:445).

Quanto aos limites à proteção penal do bem supra-individual, o catedrático alemão Claus Roxin salienta que o Direito penal deve assegurar a coexistência pacífica dos cidadãos; entretanto, tal escopo não pode ser baseado em tipos penais fundados em bens jurídicos cuja abstração seja impalpável deve haver ao menos um perigo para

essa coexistência entre os cidadãos, caso contrário o suposto bem jurídico não é suficiente para justificar um tratamento penal (ROXIN, 2006). Ainda é de salientar a interessante questão de que todo bem jurídico (transindividual ou não) possui caráter dúplice, sempre haverá a referência recíproca entre interesses individuais e transindividuais, no sentido de que a ofensa a um bem transindividual atinge indiretamente os próprios cidadãos em seus bens individuais, enquanto que uma ofensa a estes acarreta a indiferença de toda a coletividade e afetação do bem universal (ROXIN; ARZT; TIEDEMANN, 2007).

Por fim, cumpre a observação de que o bem jurídico transindividual não é merecedor de proteção penal por si mesmo; somente o é quando adquire o caráter de pressuposto para o livre desenvolvimento do indivíduo, ou seja, só assume a condição de bem jurídico-penal pelo papel que desempenha para a pessoa humana, cuja auto-realização se encontraria obstada pela ausência de proteção direta e imediata pelo Direito penal (HEFENDEHL, 2001). Não constitui, assim, de nenhuma forma, categoria superior ao indivíduo simplesmente por estar em função de todos os membros da sociedade, senão, que significa uma proteção superior ao indivíduo que se encontra submetido a tal bem protegido. Trata-se, portanto, de um complemento essencial aos bens jurídicos individuais que se veriam turbados pela lesão ao bem jurídico transindividual (ALCÁTER GUIRAO, 2002).

3. O delito de perigo abstrato

O modo pelo qual se organiza a sociedade hodierna (de risco) impõe que o Direito penal atue a fim de prevenir graves e irreversíveis lesões a bens jurídicos (essencialmente em se tratando dos transindividuais, já que constituem pressuposto para o desenvolvimento do direito individual), controlando comportamentos e condutas antes que simplesmente reprimir resultados. Assim, “não interessa ao gestor do risco atuar após a ocorrência da lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis. Nestas circunstâncias, a norma penal surge como elemento de antecipação da tutela, sob uma perspectiva que acentua o papel preventivo do direito” (BOTTINI, 2007:118).

O incremento do potencial de lesão das condutas no sistema social faz com que o tipo penal clássico, conhecido como de lesão – aquele que para a consumação exige o dano ao bem jurídico tutelado pela norma, v.g., os crimes de homicídio ou de furto –

dê lugar à tutela penal sob a forma de uma nova técnica de tipificação, antecipatória à lesão, entendida, preliminarmente, como a tutela penal da mera exposição dos bens jurídicos a riscos, chamados delitos de perigo.

Classificam-se os crimes de perigo em concreto e abstrato. No primeiro, para a consumação do delito, exige-se a produção do perigo; aqui, o perigo é elemento normativo, que deve ser demonstrado no caso concreto, papel este incumbido ao Estado acusação, que deve demonstrar, caso a caso, além do comportamento do agente, a realização efetiva do perigo, já que constitui elemento do tipo penal nesta espécie de delito. A comprovação da causação do perigo não é averiguada pela simples ação do agente, deve-se revelar *in casu* os elementos objetivos que demonstrem risco ao bem jurídico tutelado, ou seja, o bem, neste caso, quando exposto a perigo, afetando a livre disposição dos bens individuais, exige a comprovação do perigo, que por vezes é difícil.

Quanto aos segundos, denominados delitos de perigo abstrato, diferem daquele por constituírem incriminação cuja técnica legislativa exige para sua consumação tão somente a realização de uma conduta arriscada, uma vez que seria esta, *per se*, suficiente para a constatação do perigo por meio de uma forma de presunção da causação de risco ao bem jurídico tutelado. Importante salientar que em decorrência de tal presunção legal do risco, impõe-se ao aplicador da norma jurídico-penal a comprovação apenas da ação do agente, não havendo necessidade da demonstração do efetivo risco causado pelo comportamento. É inegável que os tipos de perigo abstrato são essenciais à proteção de diversos bens jurídicos transindividuais cuja efetiva comprovação do perigo é demasiadamente complicada, quiçá, impossível.

O crime de perigo abstrato seria, assim, a forma pela qual o legislador atribui a qualidade de crimes a condutas, independentemente da exteriorização de resultado naturalístico, sendo, portanto, prescrição normativa autônoma do resultado externo, vinculando-se apenas à ação, diferindo neste ponto com os delitos de perigo concreto e de lesão (BOTTINI, 2007).

Intencionalmente preferimos a opção por omitir no presente trabalho subclassificações quanto aos crimes de perigo, como, por exemplo, a de perigo abstrato-concreto, elaborada por Schröder, tanto por não ser este o foco do trabalho quanto por considerarmos mais adequada a classificação bipartida dos delitos de perigo, em abstrato e concreto, não havendo premente necessidade para a análise de tipos intermediários, vez que podem ser consideradas apenas graduações de abstração do perigo (GIUSINO apud SILVA, 2003: 80).

Importante é salientar que correta é a observação crítica de que a utilização dos delitos de perigo abstrato facilita de maneira extraordinária a aplicação do Direito penal. Ao

se renunciar à prova de um dano, não se pode mais encontrar a prova da causalidade. Por conseqüência, se insiste na prova da conduta incriminada, cuja gravidade não depende da apreciação do juiz, mas, para o legislador, era motivo para a criminalização desta conduta. A tarefa do juiz, portanto, é facilitada de um modo extraordinário (HASSEMER, 2001:61).

No entanto, não é a facilitação da prova e aplicação da norma que inspira (ou ao menos deva inspirar) a elaboração de tipos desta categoria, mas, antes, a própria natureza do bem protegido, que exige como resposta penal a incriminação de condutas por meio de tal técnica, por tratar-se de bens transindividuais cuja proteção é necessária para manutenção do sistema social, e uma possível lesão seria apta a causar prejuízo num âmbito exponencialmente maior do que uma lesão a um bem individual.

Sobre a questão da legitimidade do delito de perigo abstrato interessante á a observação de Kindhäuser, para o qual o perigo gerado contra um bem jurídico transindividual acaba por configurar em si mesmo uma turbação a determinado bem jurídico individual, no sentido de que só há possibilidade de aproveitamento dos bens individuais quando o meio social (ordens, instituições, etc.) no qual se encontra inserido o indivíduo permanece em adequado funcionamento (KINDHÄUSER, 1995). Assim, ilustra-se a real necessidade de tutela do perigo, ainda que abstratamente, vez que sob tal perspectiva, sequer tratar-se de antecipação, mas como efetiva lesão de perigo.

Sobre a lesão de perigo, tese elaborada pelo catedrático da universidade de Bonn, entende-se que a conduta que vem a expor a perigo determinado bem jurídico não constitui apenas antecipação a um estado prévio à lesão, como é corrente na doutrina, conforme exposto acima, mas é considerada verdadeira lesão a um bem jurídico responsável pelo livre desenvolvimento individual. Noutras palavras, diz-se que um bem jurídico posto em perigo, ainda que abstratamente, tolhe as possibilidades do indivíduo de utilizá-lo racionalmente como meio de seu livre desenvolvimento pelo simples fato de não se encontrar em suficientemente seguro (KINDHÄUSER, 2009). Já adentrando o assunto do próximo tópico, seria irracional operar na bolsa de valores sabendo que em seu bojo as oportunidades de lucro se encontram ameaçadas pelas operações de *insiders*.

Nesse diapasão, entende Kindhäuser que o bem jurídico, entendido como características pessoais, coisas ou instituições que servem ao livre desenvolvimento do indivíduo pode ser lesado de três formas distintas: primeiro, como modificação efetuada na sua substância, de tal modo que impossibilitam ou diminua sua funcionalidade. Um segundo modo seria a colocação do bem em uma situação que sua integridade dependa apenas da causalidade, a tal forma de lesão caberiam os delitos de perigo concreto. Por fim, em se tratando do perigo abstrato, o terceiro tipo de lesão a que está sujeito o bem jurídico consiste na situação em que não são garantidas as condições de segurança necessárias à disposição racional do bem; o bem só poderia ser utilizado de maneira restringida, revelando-se como a diminuição do valor do bem para seu titular (KINDHÄUSER, 2009: 15).

Assim, para pleno desenvolvimento social e individual, necessária se faz a proteção penal pelo perigo abstrato de bens jurídicos transindividuais, vez que a vulneração destes acarretará a turbação de inúmeros bens jurídicos individuais.

4. O bem tutelado no crime de insider trading

O crime de uso de informação privilegiada passou a integrar o sistema jurídico brasileiro a partir da alteração da lei 6.385 de 1976, que institui a CVM, efetuada pela lei 10.303 de 2001, até então o uso da *inside information* era sancionada apenas administrativamente.

In verbis, dispõe a lei que o delito de *insider trading* consiste em

utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários (BRASIL, 2001).

Impõe pena privativa de liberdade de um a cinco anos e multa correspondente até o triplo da vantagem obtida.

Interessante é que o crime de *insider* pode ser considerado tema comum em uma generalidade de ordenamentos jurídicos, dentre os quais o da Espanha, Holanda, Estados Unidos, Grécia, Suíça etc., sendo dentre os delitos econômicos um dos que mais obteve receptividade, sendo inclusive chamado por Luigi Foffani de verdadeiro e autêntico *Leitmotiv* do movimento internacional de reforma do Direito penal econômico

(FOFFANI, 1995).

A fim de não prolongar o assunto, e buscando dar objetividade ao trabalho, não se fará a análise tipológica do delito; preferimos apenas tecer algumas considerações acerca do bem jurídico tutelado.

Quanto ao bem jurídico tutelado persiste na doutrina certa divergência. As de maior destaque o entendimento era de que o tipo penal teria sua teleologia na proteção das empresas contra a deslealdade de seus membros e a consequente má reputação que isso geraria – ou seja, a confiança do mercado frente à empresa – na defesa do interesse geral econômico consistente no bom funcionamento e a integridade do mercado de valores, ou, por fim, na proteção do patrimônio individual dos investidores.

Quanto ao dever de lealdade, não visualizamos haver razão, vez que se trata de delito comum, não exigindo do agente qualidade especial. Portanto, no caso dos *outsiders* sequer haveria dever de lealdade; ademais, saliente-se que a proteção oferecida pelos delitos de divulgação de segredo já bastariam a tal fim (OTTO, 1995).

Ao que se refere à segunda concepção, Luis Arroyo Zapatero entende que o bem jurídico que tutela o crime de *insider trading* é o bom funcionamento do mercado de valores, na sua missão de financiador dos agentes econômicos, e também a confiança dos investidores no mercado de valores (ARROYO ZAPATERO, 1995).

José Hurtado Pozo, também acatando tal linha de pensamento, proclama que o bem jurídico tutelado é o bom funcionamento do mercado. Entende que a proteção se dá pela manutenção da igualdade entre os investidores, não gerando a ideia generalizada de que só os *insiders* obtêm vantagens. Sustenta tal tese no pensamento de Lascoumes e Sansonetti, para quem o bem jurídico tutelado pela norma seria a igualdade entre os investidores, visto ser esta um dos maiores atrativos do mercado de valores (HURTADO POZO, 1995).

Rodríguez Mourullo e González Cusac, ao analisar o tema, reconhecem que o uso de informação privilegiada afeta de maneira grave o bem jurídico ordem e progresso econômico-social, uma vez que é no mercado bursátil que a sociedade hodierna encontra sua mais importante origem de recursos dos investimentos econômicos (ARROYO ZAPATERO, 1995: 54).

Haro Otto, ao seu turno, leciona que inerente à atividade bursátil é o risco do negócio, o qual foi assumido conscientemente por todos os participantes; no entanto esse risco assumido somente se dá sob o pressuposto do adequado funcionamento do mercado bursátil, que consiste em uma igualdade de oportunidades entre os operado-

res, que é o que torna o mercado atrativo. Entretanto, a atividade do *insider* ameaça essa igualdade, já que não assume os mesmos riscos. As oportunidades de lucro se esvaem assim que o *insider* intervém. A ausência destas oportunidades de lucro, que constituem autênticos prejuízos patrimoniais, manifesta-se em um prejuízo ao mercado de capitais: não oferecendo oportunidades, o mercado torna-se pouco atrativo e é evitado pelo investidor (OTTO, 1995).

O desenvolvimento econômico pressupõe fundos para financiar novos investimentos, a ausência de interesse na bolsa de valores lapida os fundos empacando o desenvolvimento econômico.

Quanto à última concepção do bem jurídico protegido pelo crime de *insider*, a de que constituiria proteção ao investidor individual, ou seja, a proteção ao patrimônio daquele que negocia com o *insider*, resta, senão falsa, pelo menos equivocada: uma informação relevante tem aptidão para influenciar todo o mercado de capitais, acarretando consequências, ainda que indiretas, a todos os operadores (OTTO, 1995: 459), e inclusive a todo o subsistema econômico, que se vê privado do necessário financiamento de seus investimentos.

Assim, o prejuízo causado pelo uso de informação privilegiada ultrapassa em grande medida qualquer prejuízo patrimonial, antes, desprestigiando o mercado de valores, vez que rompe com o complexo equilíbrio econômico do sistema, rompendo com a confiança dos investidores. Logo, a partir do entendimento de que o funcionamento do mercado de valores serve ao livre desenvolvimento econômico social dos indivíduos de forma geral e indeterminada, o bem protegido pelo tipo de *insider trading* é um bem jurídico transindividual.

Conclui-se, portanto, que o crime de uso de informação privilegiada tutela o bem jurídico transindividual no funcionamento do mercado de capitais, mediante a igualdade de oportunidades, como condição ao desenvolvimento econômico-social dos indivíduos de forma ampla.

5. O crime de *insider trading* como delito de perigo abstrato

Conforme analisado, o delito de *insider* tutela no bem jurídico o correto funcionamento do mercado de capitais, precipuamente o mercado bursátil.

Por óbvio que a atividade bursátil, como praticamente qualquer atividade econômica hodierna, envolve álea; entretanto o *insider* atua no sentido de desequilibrar os

riscos envolvidos em tal atividade, vulnerando a geral confiança de existência de oportunidades que os investidores depositam no mercado de capitais, conseqüentemente lesando o funcionamento da ordem econômica de modo geral.

Leciona Haro Otto que

com a proteção de ordens de mercado e de instituições não se trata, por conseguinte, de proteger bens 'medos difusos' (Herzog), nem de modo algum supõe uma deficiência que para este tipo de bem jurídico não se possa determinar nenhum ulterior prejuízo individual. Isto não é uma conseqüência da proteção de diferentes bens jurídicos, senão a premissa da constituição de bens jurídicos coletivos e sociais. [...] Detrás da proteção de ordens que, primordialmente, possibilitam o desenvolvimento individual (OTTO, 1995: 465).

E continua o professor: "A proteção de bens jurídicos sociais é pressuposto para o desenvolvimento do indivíduo (...) imprescindível para sua existência, por isso é igualmente impossível conceber sua relação num sentido de posição de superioridade ou subordinação" (OTTO, 1995: 466).

É assim essencial que se faça a proteção penal do crime de *insider*, precipuamente por tratar-se de delito que reconhecidamente assola não apenas o mercado nacional, mas internacional, sendo tutelado por inúmeros Estados tendo em vista os danos que tem aptidão de causar.

Se não bastassem as considerações de Otto, cumpre ressaltar a concepção de Urs Kindhauser, para o qual o próprio perigo constitui lesão em si (KINDHAUSER, 1995), sendo dessa forma a tutela penal condição de livre desenvolvimento do indivíduo imerso no meio social, que se encontraria lesionado no uso racional de suas capacidades econômicas pelo fato de o mercado de valores mobiliários se encontrar ausente de proteção apta a garantir condições mínimas de segurança.

É necessário num estado democrático de Direito, que tem como fundamento a liberdade do indivíduo, a tutela penal para manutenção de determinados ordenamentos e instituições sociais, como é o caso do mercado de valores, instituto de grande medida responsável pelo financiamento da atividade econômica e seu conseqüente e desejável desenvolvimento.

Não restam dúvidas de que possíveis danos gerados contra este instituto moderno signifiquem imensas perdas para toda a economia de um Estado; justifica-se a

tutela pelo perigo abstrato em razão da impossibilidade de tolerância à lesão, que se dá por meio da quebra de confiança que os investidores depositam no mercado.

É claro que muitas outras considerações merecem todas as questões aqui expostas, tanto o delito de uso de informação privilegiada como as questões gerais dos crimes de perigo abstrato e do bem jurídico transindividual; no entanto, pela natureza do trabalho, preferimos encerrar a questão no presente momento.

Assim, sucintamente, entende-se que a tutela penal do bem jurídico protegido pelo tipo legal que institui o delito de uso de informação privilegiada, na sua real teleologia – o funcionamento do mercado de valores – tem como único meio eficaz para a proteção a técnica de tipificação abstrata, que encontra legitimidade na lesão de perigo, forma essa adotada pelo sistema pátrio, visando ao bom funcionamento do micro-sistema econômico mercado de valores mobiliários e o pleno desenvolvimento dos indivíduos imergidos no sistema social-econômico.

Referências Bibliográficas

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los daños cumulativos, in *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. n. 04. Madri, 2002. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html>, Acesso em: jan. 2008.

ARAÚJO Jr, João Marcelo de. *Os crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARROYO ZAPATERO, Luis. El abuso de información privilegiada en el Derecho español vigente y en el proyecto de código penal, in: *Hacia un derecho penal económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 45-61.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. *Lei nº 10.303*. 2001.

FOFFANI, Luigi. Tutela penal del mercado y abuso información privilegiada: la experiencia italiana, in: *Hacia un derecho penal económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 501-517.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito penal, in: *Revista de Estudos Criminais*, Ano 02, n. 08. Porto Alegre: Nota Dez, 2001, p. 54-66.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, in: *Anales de Derecho. Revista de La Facultad de Derecho – Universidad de Murcia*. n. 19, Murcia: Universidad de Murcia, 2001.

HURTADO POZO, José. El delito de explotación de información privilegiada en el código penal suizo, in: *Hacia un derecho penal económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

KINDHÄUSER, Urs Konrad. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico. In: *Hacia un derecho penal económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

_____. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal, in: *Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, 2009. Disponible em: <<http://www.indret.com/>>. Acesso em: out. de 2009.

OTTO, Haro. El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto, in: *Hacia un derecho penal económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 453-468.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 1.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstracto em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *Expansão do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TIEDEMAN, Klaus. Presente y futuro del Derecho penal económico, in: *Hacia un derecho penal económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

Marx e a crítica ao direito: os limites dos direitos do homem na emancipação humana

*Marx and the critique of Law:
the limits of man's rights in the human emancipation*

Wender Charles A. Silva

Aluno do 6.º Período Noturno do Curso de Direito, da Faculdade de Direito de Patos de Minas (UNIPAM). Formado em História pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Patos de Minas (UNIPAM). e-mail: wendercharles@yahoo.com.br

Resumo: O presente artigo tem como objetivo avaliar a crítica de Karl Marx ao Direito. Para isso, foram analisadas algumas de suas obras de juventude, notadamente, *A questão judaica e Contribuição à crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. Buscou-se demonstrar a problemática levantada por este pensador acerca dos limites da emancipação política – presente na Declaração dos Direitos do Homem – na conquista da emancipação humana. Para contextualização das ideias de Marx, optou-se por reservar a primeira parte a sua biografia. Na seção seguinte, foram apresentados alguns pressupostos de sua teoria, o chamado materialismo histórico e dialético. Por fim, adentrou-se no cenário próprio deste trabalho, delineando aquilo que poderia ser a crítica de Marx ao Direito. Àquele que pretende um estudo dos Direitos Sociais, este trabalho se apresenta útil, na medida em que discute as ideias de um pensador que orientou os movimentos sociais, a partir da segunda metade do séc. XIX, e que colaborou, ao final, com sua filosofia, não só com a “aventura” socialista do séc. XX, mas também com o desenvolvimento e conquista dos direitos ditos sociais, que só foram incorporados pelo Estado capitalista em suas legislações, devido à pressão daqueles movimentos, que tiveram no marxismo, em grande parte, sua inspiração teórica de luta.

Palavras-chave: Marx. Crítica do Direito. Declaração dos Direitos do Homem. Emancipação política e humana. Revoluções sociais.

Abstract: The present work aims at evaluating Karl Marx's critique of the Law. For that we analyzed some of his works of youth, such as *On the Jewish Question* and *A Contribution to the Critique of Hegel's Philosophy of Right*. We tried to demonstrate the problems risen by this philosopher on the limits of political emancipation – present in the Declaration of the Rights of Man – in the conquest of human emancipation. To contextualize Marx's ideas, we decided to approach his biography in the first part. In the next section, we present some presuppositions of his theory, the so called dialectic and historical materialism. Finally we come to the topic of the work, outlining what would be Marx's critique of the Law. For those who intend a study of Social Rights, this work may be useful, because it discusses the ideas of a philosopher who oriented social movements, in the second half of the 19th century, and who in the end collaborated with his philosophy, not only with the 20th-century socialist “adventure”, but also with the development and conquest of the social rights, which were only incorporated to the capitalist

state in its legislation because of the pression of those movements, which had in Marxism their theoretical inspiration.

Keywords: Marx. Critique of Law. Declaration of the Rights of Man. Political and human emancipation. Social revolutions.

Introdução

De um modo geral, há certo anátema a respeito dos ideais socialistas, algo que se justifica pelo desconhecimento geral que paira sobre o tema. Entretanto, o socialismo, não obstante ter aparentemente falhado como paradigma – algo que se examinou com o fim da União Soviética e do comunismo no Leste europeu, no início da década de 1990 –, exerceu papel fundamental no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, uma vez que forçou mudanças estruturais no âmbito do próprio capitalismo, que se viu na contingência de ser suplantado caso não absorvesse algumas reivindicações defendidas pelos socialistas.

Como doutrina, o socialismo foi defendido por diversos pensadores. No entanto, seu expoente de maior peso foi sem dúvida o pensador alemão Karl Marx (1818-1883). Apesar de ser muito comum as pessoas o associarem unicamente à ideia do Comunismo, em especial, àquele que foi implantado pelos bolcheviques a partir da Revolução Russa de 1917, as ideias desse pensador não se restringem à defesa do socialismo como modo de produção alternativo ao capitalismo, pois sua vasta e complexa produção intelectual, que acabou influenciando decisivamente os rumos do longo século XX, extrapola as estreitas barreiras da política e da economia, num diálogo dialético e interdisciplinar com as mais variadas áreas do saber, dentre elas, a História, Filosofia, Sociologia, a Antropologia... e, a que nos interessa mais de perto, o Direito.

O que se propõe neste trabalho será apresentar a crítica de Marx ao Direito, a relação deste autor com esta disciplina, uma vez que suas ideias contribuíram, sobretudo, no desenvolvimento das legislações de cunho social e trabalhista. Tais direitos, que hodiernamente se encontram positivados nas modernas constituições e/ou legislações esparsas dos chamados Estados Democráticos de Direito, não surgiram como o simples resultado da “evolução geral do espírito humano”, como poderiam pensar os idealistas ou os defensores de um direito natural, mas são, mormente, conquistas reais da pressão social que os movimentos revolucionários – especialmente aqueles ocorridos a partir da segunda metade do século XIX, sob a bandeira do socialismo – fizeram

ao longo da história sobre o Estado e sua classe dirigente. Objetiva-se, portanto, debater a crítica levada a efeito por Marx, no campo do Direito. Ao que se espera atenuar, assim, o preconceito e a má impressão que o desconhecimento do autor causa sobre sua obra.

Para tanto, à guisa de uma introdução às ideias deste pensador, necessário será abordar, mesmo que brevemente, alguns aspectos de sua biografia, o contexto histórico que influenciou a produção de suas ideias, para somente depois trazer a lume a discussão proposta.

1. Karl Marx, vida e obra: breve considerações

Karl Heinrich Marx nasceu na Prússia, na cidade de Trier (na parte ocidental da Alemanha), em 05 de maio de 1818. Seu pai, Hirschel Marx (1759-1834), era um advogado bem-sucedido e conselheiro de Justiça; sua mãe, Enriqueta Pressburg (1771-1840), provinha de uma família de rabinos e era, conforme a tradição judaica, devota aos estudos religiosos. Mas não foi a mãe a exercer maior influência sobre o filho, uma vez que fora o pai de Marx que o levou a ingressar na Faculdade de Direito da Universidade de Bonn em 1835, participando, neste ambiente, da luta política estudantil. No ano seguinte, Marx transferiu-se para a Universidade de Berlim.

Foi na Universidade de Berlim que o jovem Marx¹ iniciou seus estudos sobre a filosofia de Hegel², opondo-se imediatamente ao idealismo deste pensador, que, segundo observou, sustentava-se em pressupostos vagos da Razão como uma entidade acima dos indivíduos e independente de suas manifestações reais. A inclinação de Marx o levou a manter contato com um grupo de estudiosos chamados de “jovens hegelianos” que discutiam a política e a sociedade a partir da obra de Hegel, porém num

¹ Convencionou-se discutir as ideias de Marx dividindo seu pensamento em duas fases de sua vida: *o jovem Marx*, filósofo e humanista, que representa o período de desenvolvimento de suas ideias, suas discussões acadêmicas; e, *o velho Marx*, cientista e crítico social da teoria política cujos escritos revelam sua militância nos movimentos sociais e sua maturidade intelectual cujo legado está presente, sobretudo em sua obra prima, *O Capital*, publicada em 1867. Alguns ainda apresentam uma fase intermediária, a do *Marx militante*, referindo-se à fase em que esteve ativamente à frente de alguns movimentos sociais. Entretanto, há críticos da literatura marxista que alertam para possíveis deturpações que podem advir com a aceitação desta divisão no pensamento de Marx. Por esta divisão, este trabalho se ocuparia em analisar os escritos do jovem Marx, vez que os textos que serão especificamente analisados foram produzidos nesta sua fase.

² Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1771-1831) foi um filósofo alemão responsável por elaborar, a partir de sua obra *Fenomenologia do Espírito*, um complexo sistema filosófico no qual discutia a supremacia das ideias (Espírito), sobre os rumos dos acontecimentos.

tom que se propunha crítico.

Nessa mesma universidade, Marx assistiu às lições de Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), que foi, no campo filosófico-jurídico, o grande representante da Escola Histórica de Direito, corrente esta que defendia ser o Direito fruto, não do racionalismo, mas das peculiaridades históricas e espontâneas de cada povo. Todavia, Marx opunha-se a esta postura anti-racionalista, ligando-se às lições de Eduard Gans (1798-1839), que valorizava, ao contrário da Escola Histórica, o papel da razão no desenvolvimento do Direito.

Naquela época, ainda eram embrionárias as transformações desencadeadas pela Revolução Francesa (1789) e pelas Guerras Napoleônicas que inauguraram o século XIX, bem como ainda persistia o afã reacionário da nobreza e do regime Absolutista, que havia ganhado fôlego, após a derrota de Napoleão na batalha de Waterloo, com as diretrizes do Congresso de Viena. Todavia, já não havia mais como sufocar os gritos de *liberté, égalité, fraternité*, que ecoavam como uma sinfonia, anunciando o réquiem do Absolutismo.

A onda revolucionária de 1848, cujo nome passou para a história como Primavera dos Povos, movimento do qual Marx participou ativamente na Alemanha, sacudiu uma vez mais a Europa, pondo na ordem do dia duas posições antagônicas: de um lado, com juvenil virilidade, o liberalismo revolucionário vindo da França; de outro, o *Ancien Régime* e todo seu colossal e anacrônico arcabouço, tentando a todo custo se manter, porém, numa luta que se mostrou estéril, mas que serviu a retardar os desígnios da deusa Clio.³

Foi nesse revelador e conturbado cenário que viveu o jovem Marx, envolvendo-se em calorosos debates universitários suscitados pela conjuntura política, econômica e social do Estado prussiano, cujo governo tendia para Antigo Regime. No entanto, como a maioria dos intelectuais de seu tempo, Marx simpatizava mais com os ideais da burguesia liberal, pois pareciam estar mais afinados com os novos tempos, não obstante ter mudado, *a posteriori*, essa sua envergadura política, ao perceber os limites do pensamento liberal, passando a se identificar, cada vez mais, com a esquerda republicana, cujos pressupostos convergiam com as ideias que começava a desenvolver.

A vida do jovem Marx tomava um caminho sem volta à medida que aprofundava seus estudos, sobretudo de filosofia e história, tanto que resolve abandonar a carreira de advogado para tentar conquistar uma cadeira de professor universitário. No

³ Na Mitologia Grega, Clio era a Musa da História.

intento de seu propósito, Marx doutorou-se em Filosofia pela Universidade de Iena no ano de 1841, defendendo sua tese sobre as diferenças entre os sistemas filosóficos de Demócrito e de Epicuro, envolvendo ainda os pressupostos do sistema hegeliano. No ano seguinte, Marx casou-se com uma antiga amiga de infância chamada Jenny Von Westphalen, filha de um abastado barão da cidade de Bonn. Juntos viveriam uma vida marcada por vicissitudes, à semelhança de alguns personagens da típica literatura romântica do séc. XIX, vivendo desde um amor juvenil à tragédias familiares, dificuldades econômicas e perseguições.

Marx não logrou êxito na carreira de docente universitário, uma vez que seus “padrinhos” sofreram perseguições do governo prussiano. A partir de então, começará a redigir artigos para jornais, tecendo considerações sobre política e filosofia. Não tardou a que seus escritos incomodassem a reacionária aristocracia prussiana, que passou a persegui-lo. Marx, então, juntamente com sua esposa, teve de migrar para a França, e foi nesse país que travou os primeiros contatos com o movimento socialista que ali já ganhara corpo.⁴

Na França, Marx observa mais de perto a opressão do capital sobre uma classe recém-formada, o operariado. As condições miseráveis dessa classe⁵ lhe chamam atenção para o aspecto da alienação humana, da exploração da mão-de-obra e das péssimas condições de trabalho. Fatos que denunciavam o rompimento da burguesia com as aspirações libertárias e igualitárias com que lutou durante a Revolução Francesa. De suas observações e estudos, Marx escreve uma série de textos que lhe rendem a perseguição do governo francês até ser expulso deste país no ano de 1845.

⁴ O Socialismo moderno surgiu na França no séc. XIX, em meio a um duplo movimento: de um lado a hesitante implantação do capitalismo fez com que a burguesia mantivesse alguns privilégios das antigas classes dominantes, gerando conflitos com as transformações econômicas, políticas e sociais. De outro lado, temos os efeitos políticos da Revolução Francesa.

⁵ Os operários, nos primórdios da Revolução Industrial, eram impelidos a trabalhar em jornadas exaustivas de doze a dezesseis horas por dia, sem direito a descanso semanal, muito menos férias, num ambiente insalubre e miasmático, onde crianças, a partir de seus 10 anos de idade, podiam ser encontradas trabalhando, ensopadas de fuligem e graxa, limpando máquinas enquanto funcionavam, motivo por que muitas mutilavam seus membros. Não havia essa preocupação, comum atualmente, com o respeito ao desenvolvimento biopsicológico das crianças, consideradas, naquele tempo, não mais que adultos em miniatura. Por isso, no pátio de fábricas inglesas, do séc. XIX, crianças realizavam tarefas típicas de adultos e não raro eram castigadas por sua evidente inabilidade para o trabalho. Ao leitor que desejar aprofundar seus conhecimentos sobre as condições de trabalho na Revolução Industrial, recomenda-se a leitura da que foi, talvez, a melhor obra já publicada sobre o tema, qual seja, o livro *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*, escrito por Friedrich Engels em 1845. No Brasil, é possível encontrá-lo publicado pela editora Boitempo.

Procurando um ambiente menos conservador para continuar seus estudos e aprofundar sua crítica, Marx então se estabelece em Bruxelas, onde iniciou sua grande amizade com Friedrich Engels (1820-1895), filho de um rico industrial, e que se tornou seu colaborador, publicando, revisando e auxiliando financeiramente Marx pelo resto de sua vida.

Juntos, Marx e Engels escreveram vários textos: *A sagrada Família* (1845), *A Ideologia Alemã* (1845-1846), o *Manifesto do Partido Comunista* (1848), dentre outros. Engels foi ainda responsável por organizar e completar os volumes II e III de *O Capital*, após o falecimento de Marx. Ambos se dedicaram ao ativismo político e participaram de diversos movimentos revolucionários promovidos pela classe operária, após a segunda metade do século XIX. O traço marcante de seus escritos, no qual convergem intelectualmente, foi justamente a crítica que fizeram à sociedade capitalista e à desumanização promovida pela exploração da mão-de-obra e do homem em face do homem, com a consequente desigualdade social e alienação provocada pela ideologia, cujo escopo, segundo compreendiam, era justamente esconder o estado de miséria e o antagonismo de classes que são a *conditio sine qua non* do modo de produção capitalista.

Dentre as obras marxianas⁶, a que é considerada de maior peso é *O Capital*, produzido na faze do *velho Marx*. Trata-se de um complexo e profundo estudo da economia política do Capitalismo, das condições históricas de seu surgimento, dos fundamentos da acumulação de capital e seus antagonismos, pondo no centro do debate a luta de classes, evidenciando-a como a espinha dorsal do processo histórico. No entanto, vários outros textos foram escritos por Marx; muitos permaneceram em forma de manuscritos e só foram publicados postumamente.

Dentre perseguições e dificuldades, materiais e humanas, Marx viveu de um país a outro, sem, no entanto, se intimidar com seus opositores, que cresciam em número à medida que suas ideias avançavam e se sistematizavam em torno de uma doutrina político-filosófica, que elegia o proletariado como o elemento que deveria transformá-la em *práxis*.⁷

Por fim, Karl Marx falece em Londres, Inglaterra, no ano de 1883, deixando um

⁶ Os escritores costumam utilizar a expressão “marxiana” para se referirem unicamente aos textos produzidos diretamente por Marx e Engels. A expressão “marxista” refere-se a tudo aquilo que foi escrito a partir da obra desses autores, ou seja, o que outros pensadores escreveram baseando-se na filosofia marxiana.

⁷ Palavra de origem grega que significa o momento em que a teoria é executada na prática. Na literatura marxista, significa a prática revolucionária transformadora da realidade.

legado político-econômico e filosófico que determinou todo o curso do conturbado século XX, de tal forma que não há como analisar este século sem compreender a “aventura socialista”⁸, e seus principais teóricos e, sobretudo, o Socialismo Científico de Marx.

2. Marx e a crítica ao direito

Uma vez apresentada essa breve biografia e contextualizado o período vivenciado por Marx, cabe agora buscar, especificamente, sua crítica ao Direito.

Em princípio, cumpre destacar que não há, na obra marxiana, um livro específico a abordar o Direito. O que existe a esse respeito são fragmentos espalhados em sua vasta produção intelectual legada na forma de textos, livros e manuscritos. Marx não se ocupou em tratar o tema separadamente, isso pelo simples fato de entendê-lo como parte de um universo mais amplo, uma espécie do gênero superestrutura político-ideológica de uma sociedade. Explica-se melhor.

Segundo o *materialismo histórico e dialético*⁹, nome pelo qual ficou conhecida a teoria desenvolvida por Marx para analisar a sociedade, o homem, antes mesmo de “fazer história”, precisa estar em condições de viver, ou seja, ele precisa comer, beber, ter moradia, dentre outras coisas, de modo que o primeiro fato histórico é a produção dos meios que tornem possível a própria vida material. Na produção desta vida material os homens estabelecem relações de produção entre si e com a natureza que precisam transformar para produzir sua existência, relações que correspondem a um modo de produção determinado. É a partir desta base real (infra-estrutura econômica), ou acima dela, que, segundo Marx, os homens elaboram seu pensamento (superestrutura político-ideológica) e de onde deriva toda sua noção de mundo – de política, filosofia, história, direito etc. – que é condicionada, em última instância, pela infra-estrutura econômica, pois

a moral, a religião, a metafísica e qualquer outra ideologia, assim como as formas de consciência que a ela correspondem, perdem toda aparência de autonomia. Não têm

⁸ A expressão refere-se ao título da obra de Daniel Aarão Reis Filho, *A aventura socialista no século XX*, referenciada na bibliografia, que discute a expansão do socialismo e das ideias de Marx ao longo deste século e as diferentes interpretações que tomou, seja na Rússia com os Bolcheviques, na China com Mao Tsé-Tung, na Alemanha com a Social-Democracia etc.

⁹ Doutrina que apareceria esboçada pela primeira vez na obra *A Ideologia Alemã* (1845/1846) e da qual foram extraídas as citações que seguem no corpo do texto.

história, nem desenvolvimento; mas os homens, ao desenvolverem sua produção material e relações materiais, transformam, a partir de sua realidade, também o seu pensar e os produtos de seu pensar (MARX; ENGELS, 2004, p. 52).

Dessa forma, o Direito, *a priori*, reside na chamada superestrutura político-ideológica, e está, por sua vez, condicionado pela infra-estrutura econômica de uma determinada sociedade em uma determinada época, tendo em vista que,

da maneira como os indivíduos manifestam sua vida, assim são eles. O que eles são coincide, portanto, com sua produção, tanto com o que produzem como com o modo como produzem. O que os indivíduos são, por conseguinte, depende das condições materiais de sua produção (MARX; ENGELS, p. 44-45).

Diante dessa constatação, uma das primeiras observações práticas levadas a efeito por Marx, evidenciando o direito como pertencente à superestrutura, adveio de seu trabalho como jornalista. Chamado a fazer uma matéria para o jornal *Gazeta Renana*¹⁰, referente a um processo movido pelo Estado Prussiano contra o roubo de madeiras por camponeses numa propriedade privada, Marx constatou que o corte da lenha pelos camponeses se dava, não por uma questão de rebeldia ao direito, ou de vadiagem, como denunciava o Estado, mas por uma questão de necessidade vital, visto que o irrisório salário que os camponeses auferiam em seus trabalhos habituais era insuficiente para suas subsistências mais básicas, colocando-os numa posição de total miséria, de tal forma que eram, por seu turno, compelidos a complementar sua renda, roubando madeira e vendendo-a no mercado.

Este fato evidenciou para Marx o lado obtuso do Direito, dissimulado por meio da falácia da suposta igualdade de todos perante ele. Como uma das formas de expressão da classe dominante, alocada na superestrutura ideológica da sociedade capitalista, o Direito, em última instância, defendia a propriedade privada e os interesses da burguesia. No entanto, essa constatação mostrava-se um tanto radical para a sociedade prussiana que endurecia a censura em torno de textos considerados subversivos à ordem. Dessa forma, o ambiente logo se torna inóspito para Marx, que então se muda para a França, onde redigirá dois textos para a revista *Anais Franco-Alemães*, publicados em fevereiro de 1844, intitulados *Contribuição à Crítica da Filosofia do Direito de Hegel* e *A*

¹⁰ Órgão liberal da cidade de Colônia, na Renânia, para o qual Marx contribuía com alguns escritos.

Questão Judaica.

Uma vez que o objetivo aqui não é aprofundar demasiadamente o assunto, que é vasto e controvertido, mesmo porque os limites físicos do presente trabalho, aliado a outros fatores, não o permitiria, impende restringir a pesquisa à análise dessas duas obras, de onde é possível extrair, sem ser reducionista, mas também sem pretender esgotar, o substrato da crítica de Marx ao Direito.

2.1. O Problema da emancipação humana e os limites dos direitos do homem

Na *Questão Judaica*, Marx discute o tema da emancipação humana. Parte da análise da crítica de Bruno Bauer¹¹ sobre a religião para confrontá-lo na ideia de que secularização do Estado não significaria necessariamente a emancipação do povo judeu. Os judeus, para Marx, deveriam se reconhecer, antes de se auto-elegerem um povo eleito, como partícipes de uma humanidade oprimida, lutando, *ab initio*, como homens genéricos, por uma emancipação geral, em vez de lutarem como homens singulares e por uma emancipação particular e restrita.

Da crítica religiosa, Marx avança para a crítica da emancipação política em sua forma jurídica. Para tanto, analisa um conjunto de normas legadas por franceses e americanos a partir do movimento constitucionalista de fins do séc. XVIII e início do século seguinte. Observa que, não obstante modernas e avançadas as garantias legais proclamadas, atuando, em parte como reguladoras da participação do homem na vida política do Estado e da comunidade, não representaram a abolição dos privilégios de classe e muito menos a liberdade.

Ter a liberdade política assegurado por leis, dirá Marx, não significa necessariamente ser livre. Para sustentar essa constatação e compreender as liberdades asseguradas pela Declaração dos Direitos do homem e do cidadão (1781), Marx aponta a necessidade de se distinguir os “*droits de l’homme*” dos “*droits du citoyen*”¹².

¹¹ Bruno Bauer (1809-1882) foi um filósofo e teólogo alemão. Considerava os Evangelhos narrativas fantásticas que estabeleceram o mito de Jesus a partir da fusão de elementos do judaísmo e da cultura greco-romana.

¹² Francês (fr.). Respectivamente: *direitos do homem* e *direitos do cidadão*. Termos frequentemente utilizados por Marx na *Questão Judaica*. Optou-se por manter sem traduzi-los no corpo do texto deste trabalho, para, como em Marx, evidenciar a peculiaridade francesa no desenvolvimento desses direitos.

“Quem é este homem distinto do *citoyen*?”¹³, indaga Marx. Ao que responde somente poder ser o membro da sociedade civil, o homem egoísta, separado dos outros homens e de sua comunidade. É ao homem egoísta, dirá Marx, que se direcionam os direitos da liberdade, igualdade, segurança e propriedade que foram tratados no art. 2º da Constituição Francesa de 1793.

A liberdade, conforme a Declaração dos Direitos do Homem de 1791, “consiste em poder fazer tudo o que não prejudique outrem”; seu limite, portanto, é desenhado pelo raio da esfera individual do outro. Para Marx, “a liberdade como direito do homem não se baseia nas relações entre homem e homem, mas, sim, na separação do homem a respeito do homem.”¹⁴ Por isso, é o “direito do indivíduo circunscrito” e na prática representa o direito à propriedade privada.

O debate em torno da propriedade privada estava na ordem do dia nos séculos XVIII e XIX. O tema ganhou contornos distintos desde o Iluminismo, com os contratualistas¹⁵ – como John Locke (1632-1704) que o tratou como um direito natural, ou Rousseau (1712-1778), que foi um dos primeiros a denunciar a propriedade como o estopim das desigualdades sociais –, até os socialistas, como Marx, em que o tema é encarado com audácia e assume caráter central.

A propriedade privada anunciada no art. 16 da Constituição francesa de 1793, apresenta-se como o “direito de usufruir da própria fortuna” e dispô-la como convier sem nenhuma atenção aos outros homens e à sociedade. Marx observa que diante desse direito os homens se estranham, veem-se antes como restrição do que como realização um do outro. O direito à propriedade é o direito à xenofobia.

Ao analisar a igualdade e a segurança, Marx pondera que o primeiro, da mesma forma que o direito à liberdade, toma por base o homem auto-suficiente. O último é a máxima expressão da sociedade civil, a polícia¹⁶. O Estado deve assegurar a seus membros a preservação de suas integridades físicas e materiais, ou seja, a segurança das liberdades. Porém, Marx alerta para o fato de que o “conceito não vem para alçar a

¹³ MARX, 2006, p. 31. *Citoyen*: fr. cidadão.

¹⁴ MARX, 2006, p. 32.

¹⁵ Teorizadores do Contrato Social, sendo os principais, Thomas Hobbes e o seu livro *Leviatã* (1651); John Locke, com o *Segundo tratado sobre o governo civil* (1689), e Jean-Jacques Rousseau, na obra *Do Contrato Social* (1762).

¹⁶ O termo aqui não se refere unicamente à corporação da polícia, deve ser entendido em sentido lato, englobando os vários aparelhos repressivos de Estado.

sociedade civil acima do próprio egoísmo. A segurança é definida antes como a *garantia* do seu egoísmo.”¹⁷

Conclusiva é a afirmação de Marx:

Uma nação que começara precisamente a libertar-se, pode eliminar todos os entraves entre as diferentes divisões da população e, então, estabelece uma sociedade política. Esta comunidade tem de proclamar solenemente (*Declaração de 1791*) os direitos do homem egoísta, separado dos outros homens e da comunidade, e somente renova semelhante proclamação num momento em que só a mais heróica dedicação pode salvar a nação (e, conseqüentemente, a isso é chamada com urgência), num momento em que o sacrifício de todos os interesses da sociedade civil é elevado à ordem do dia e o egoísmo deve ser castigado como crime. (*Declaração dos Direitos do Homem, 1793*). Torna-se o assunto ainda mais incompreensível quando observarmos que os libertadores políticos reduzem a cidadania e a comunidade política a simples meio para preservar os chamados direitos do homem; e que, por conseqüente motivo, o *citoyen* é declarado como escravo do “homem” egoísta, a esfera em que o homem age como ser genérico vem degradada para a esfera onde ela atua como ser parcial; e que, finalmente, é o homem como *bourgeois*¹⁸ e não o homem com *citoyen* que é considerado como o homem verdadeiro e autêntico (MARX, 2006, p. 33).

Por tais motivos é que Marx constatou que a emancipação política, cujo legado foi a Declaração dos Direitos do Homem, não representa a emancipação humana, pois a vida política, em última instância, transformou em meio os *droits du citoyen*.

Este, portanto, é o problema enfrentado por Marx, o problema dos limites da emancipação política. Os direitos do homem não são libertários da religião, da propriedade, do egoísmo ou da traficância. Os *droits de l'homme* apenas conferiram ao homem a liberdade de ser religioso e escolher qual religião seguir, sem, contudo, lhe conscientizar para o fato de que o homem criou a religião e inventou Deus para escapar de sua miséria real, produzindo uma consciência invertida, ao prostrar-se diante daquilo que criou, fazendo da criatura o criador; os direitos do homem lhe deram a liberdade de ser proprietário e ter propriedade, sem conferir igualdade aos homens na distribuição da propriedade; os direitos do homem conferiram a liberdade do exercício da traficância na atividade comercial sob a bandeira da usura e do lucro, fazendo, desde então, os

¹⁷ Op. cit. p. 33.

¹⁸ Fr. Burguês.

homens girar cegamente, como mariposas em torno de uma luz, até o esgotamento de suas faculdades.

Da Revolução Francesa os direitos do homem apareceram como direitos naturais. Todavia, Marx, ao reconhecer o caráter egoísta desses direitos, enfrentou e refutou essa falácia denunciando o que há de mais artificial e mundano nesses direitos: a cisão do homem social com o homem individual. A emancipação política representou a auto-alienação do homem diante si e da natureza, na medida em que o reduziu na preponderância dos *droits de l'homme*.

Portanto, a emancipação humana, conclui Marx, só será plena quando

o homem real e individual tiver em si o cidadão abstrato; quando como homem individual, na sua vida empírica, no trabalho e nas suas relações individuais, se tiver tornado um ser *genérico*; e quando tiver reconhecido e organizado as suas próprias forças (*forces propres*) como forças sociais, de maneira a nunca mais separar de si esta força social como força política (MARX, 2006, p. 37).

Em sua *Contribuição à crítica da Filosofia de Direito de Hegel*, Marx discute o caso específico da Alemanha, insurgindo contra a letargia dos alemães em realizar o acerto de contas com o *Ancien Régime*. A filosofia alemã do direito e do Estado, cujo principal expoente foi Hegel, aparece a Marx como uma filosofia especulativa.

Os alemães, esclarece Marx, procuravam realizar, no plano filosófico-metafísico, o que as outras nações do velho continente, notadamente a francesa, haviam realizado na esfera prática. Portanto, o problema que Marx enfrenta neste texto é um problema de *práxis*¹⁹, pois a emancipação política, discutida na *Questão Judaica*, foi um estágio que não revolucionou a Alemanha no plano real. Contudo, era um tema já superado no plano da filosofia alemã.

Muito embora, conforme vimos acima, a emancipação política não representasse para Marx a emancipação humana, na melhor das hipóteses representava ao menos um meio para a abolição final do egoísmo reinante na sociedade civil, estratificada em classes antagônicas.

Por isso a emancipação humana para Marx tem de ser profunda e geral. Não pode se conter na emancipação política, apesar de poder passar por ela; não pode se conter na aparência de um direito que se diz natural e legítimo, pois os direitos não nascem no homem, mas com o homem. O homem se emancipa na medida em que se

¹⁹ Ver nota 7.

reconhece como tal, na medida em que realiza suas potencialidades na *práxis* e busca na raiz de seus problemas a solução para seus problemas, no momento em que deixa de delegar uma tarefa que é historicamente sua a entidades abstratas, como Deus, o Estado... Portanto, o homem se emancipará, para Marx, no instante em que encontrar uma solução real, do homem como ser genérico e não do homem como ser individual e egoísta.

Considerações finais

Ao longo deste trabalho, procurou-se discutir a crítica do direito em Marx. Este pensador verificou, ao longo de seus estudos, que o Direito e o Estado aparecem como um aroma artificial escondendo o miasma que sobe da base real em que se fundam e da qual as desigualdades sociais exalam seu maior odor.

Marx foi um dos primeiros pensadores a concentrar seus estudos na análise da embrionária sociedade capitalista. Enquanto os liberais proclamavam este modo de produção como panaceia, iludidos com o canto da sereia²⁰, Marx procurou denunciar a nova barbárie da sociedade que se constituía. O contexto de sua produção intelectual justifica suas ideias, na medida em que se reconhece a exploração de uma diminuta classe sobre a outra e as condições gerais da empresa capitalista e do proletariado em seu tempo, desumanizado pelas péssimas condições de vida e pela negação a esta classe, da dignidade da pessoa humana.

Ao se aprofundar nos estudos, Marx tornou-se, sobretudo, um humanista convicto, talvez um dos últimos na linha renascentista. Interessava-se sobremaneira no aspecto da superação da alienação humana, assunto que perseguiu até o fim de sua vida. Buscou um ponto arquimediano capaz de devolver ao homem sua humanidade, perdida, sobretudo, no individualismo da embrionária sociedade industrial burguesa. Marx defendia a plena realização das potencialidades humanas, mas para isso propunha a superação da luta de classes, a substituição do homem egoísta e individual pelo homem social que reconheceria o outro não como limite à sua liberdade, mas como a própria realização desta.

²⁰ Na mitologia grega, o regresso de Ulisses, após a vitória grega contra os troianos, foi marcado por vários episódios catastróficos. Em um deles, tendo de passar com sua embarcação nas proximidades da Ilha das Sereias, Ulisses foi aconselhado a tampar os ouvidos de todos os tripulantes com cera para não ouvirem o canto das sereias. As sereias eram ninfas marinhas que tinham o poder de enfeitiçar os marinheiros que por ali passassem, de modo que o som do canto os impelia a se atirarem no mar pondo fim a suas vidas.

Este pensador bem poderia ter cruzado os braços e simplesmente acumulado riquezas – fazendo como boa parte dos membros de seu círculo de amizades –, seguindo a carreira jurídica legada por seu pai, uma vez que advinha de uma classe privilegiada. Entretanto, Marx, como um humanista que era, não pôde aceitar o açoite que dilacerava o proletariado e se rebelou contra as injustiças sociais de seu tempo e contra a forma como o Estado burguês havia suplantado antigas formas de exploração por novas formas, tão mais caras ao povo, dissimuladas por noções formais de cidadania, igualdade e liberdade.

Foi grande a contribuição deste pensador para as ciências humanas, e talvez suas ideias possam ter contribuído mais para o capitalismo do que os cétricos possam suportar. No campo específico do direito, constata-se que os chamados direitos sociais tiveram grande evolução a partir dos pressupostos marxistas. As legislações trabalhistas derivam diretamente das lutas sociais travadas pelo movimento operário que tinha no Socialismo Científico de Karl Marx sua profissão de fé.

Entretanto, assim como os deuses gregos foram destronados pelo Deus cristão, no apagar das luzes do século XX, o capitalismo pareceu triunfar diante da colossal queda da URSS²¹. Rapidamente o socialismo declinou como via alternativa ao capitalismo. Mais que depressa, os teóricos do capitalismo anunciaram o “fim da história”²² e, da mesma forma, o capitalismo se libertou da hidra revolucionária que ameaçou seus domínios durante a Guerra Fria, encontrando-se, desde então, livre para desestruturar o Estado de bem-estar social²³, que nada mais foi que um misto de capitalismo com socialismo, promovido pela social-democracia, que fez frente, no lado do capital, na batalha ideológica travada no século passado.

Por ter o capitalismo saído “vitorioso”, a economia de mercado se expandiu e globalizou-se assustadoramente. Hodiernamente, vivemos o individualismo em seu clímax, o máximo do egoísmo. Certa vez afirmou Marx que a produção de coisas úteis em demasia gera pessoas inúteis em demasia. Nesse sentido, é sintomático ver que o fetiche da mercadoria nos dominou, e o “ter” sobrepujou o “ser”. O hiato entre ricos e

²¹ União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

²² Francis Fukuyama, um escritor estadunidense, publicou em 1992 uma polêmica obra intitulada *O fim da história e o último homem*, na qual fazia a análise da queda dos regimes socialistas no início daquela década, e postulava a ideia de que as democracias capitalistas ocidentais e o homem liberal burguês seriam os representantes do fim da história, ou seja, não haveria outras formas de sociedade nem outro tipo de homem após o capitalismo, a história havia chegado a seu termo, fato constatado pela bancarrota comunista.

²³ *Welfare State*.

pobres alcança índices alarmantes e um novo fator social – e não é uma revolução – ameaça a propriedade privada, qual seja, a criminalidade. Por isso, há quem afirme a democracia estar em crise, e que novos regimes totalitários e ditatoriais ameaçam surgir, colocando em xeque as liberdades e garantias asseguradas pelos direitos do homem, que são a pedra de toque do constitucionalismo moderno.

Sob esse aspecto do individualismo atual, a crítica levada a efeito por Marx soa profética. O neoliberalismo revisitou velhas práticas do liberalismo do século XIX, porém, potencializando-as. Nesse sentido, nunca o outro foi tão nosso concorrente quanto agora. O mercado de trabalho deu um novo tom à evolução natural de Darwin, sobreviver a esta lógica é tão mais difícil que sobreviver no mundo animal. Neste darwinismo social, o homem individual se posicionou no topo da “cadeia alimentar”, e se tornou o “predador” do homem social. Este último declina rapidamente, passando a figurar na lista de espécimes em extinção.

Referencial bibliográfico

FILHO, Daniel Aarão Reis. *A aventura socialista no século XX*. 2 ed. São Paulo: Atual, 1999. 108p. (Discutindo a História).

GIANNOTTI, José Arthur. Vida e Obra, in: KARL, Marx. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. VI-XXIV. (Os Pensadores).

FROMM, Erich. *Conceito Marxista do homem*. Tradução de Octávio Alves Velho. 4 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. 222p.

MARX, Karl. A questão judaica, in: *Manuscritos econômico-filosóficos*. Tradução de Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 13-44.

MARX, Karl. Contribuição à crítica da Filosofia do Direito de Hegel, in: *Manuscritos econômico-filosóficos*. Tradução de Alex Martins. Tradução de Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 45-59.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã: Feuerbach – A oposição entre as concepções materialista e idealista*. São Paulo: Martin Claret, 2004. 145p.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: Martin Claret, 2004. 144p.