

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE

# DIREITO

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO  
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA  
N.23 | 2º SEMESTRE DE 2014

 **Newton**

Quem se prepara, não para.



ISSN 2358-2685

REVISTA ELETRÔNICA DE

# DIREITO

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO  
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA  
N.23 | 2º SEMESTRE DE 2014

 **Newton**

Quem se prepara, não para.

ISSN 1678-8729

Revista Eletrônica de Direito / Publicação da Escola de  
Direito do Centro Universitário Newton Paiva,  
organizador Gustavo Costa Nassif – Belo Horizonte:  
Centro Universitário Newton Paiva, 2014.  
n.23

Semestral  
ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Nassif, Gustavo Costa. II.  
Centro Universitário Newton Paiva. III. Título

CDU 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

**CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA**  
**ESCOLA DE DIREITO**

Unidade Juscelino Kubitschek: Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Unidade Buritis: Rua Jose Claudio Rezende, 26 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Quem se prepara, não para.

# EXPEDIENTE

## ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Beldi

VICE-REITORA: Juliana Salvador Ferreira

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO: Marcelo Vinicius Santos Chaves

SECRETÁRIA GERAL: Jacqueline Guimarães Ribeiro

COORDENADOR DO CURSO DE DIREITO: Emerson Luiz de Castro

COORDENAÇÃO ADJUNTA: Dougleron Santos e Valéria Edith Carvalho de Oliveira

## ORGANIZADOR

Gustavo Costa Nassif

## CONSELHO EDITORIAL

Professor Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (Newton Paiva)

Professor Mestre Emerson Luiz de Castro (Newton Paiva)

Professor Doutor Gustavo Costa Nassif (Newton Paiva)

Professor Doutor Jorge Claudio de Bacelar Gouveia (Universidade Nova de Lisboa)

Professor Doutor José Luiz Quadros de Magalhães (UFMG)

Professor Doutor Ricardo Rabinovich-Berckman (Universidade de Buenos Aires)

Professor Doutor Rubén Martínez Dalmau (Universidade de Valência – Espanha)

Professora Doutora Tatiana Ribeiro de Souza (UFOP)

## APOIO TÉCNICO

NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES ACADÊMICAS DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

<http://npa.newtonpaiva.br/npa>

EDITORA DE ARTE E PROJETO GRÁFICO: Helô Costa - Registro Profissional: 127/MG

DIAGRAMAÇÃO: Kênia Cristina e Márcio Júnio (estagiários do curso de Jornalismo)

# EDITORIAL

## *Alter tempos*

É tempo de lhes apresentar a próxima edição da Revista da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Interessante tempo para um nascimento. Não que possa existir tempo determinado para a vida, mas é que as transformações do tempo presente ressoam de maneira forte dentro da orquestra acadêmica. É tempo de nascer e tempo de ver o novo tempo que está a nascer. Palavras como alternância, mudança, transformação, invenção e renovação são tons comuns nos discursos que refletem o pensamento jurídico em nosso país e no mundo. Esse excesso de dizeres parecidos por vezes acaba por minar a possibilidade de uma verdadeira nova academia.

Pensamos aqui na palavra renovação, renovar a ação. Inovar de novo. Re-novar. Inovar mais uma vez. Do mesmo jeito a palavra alternância. Que nos indica já uma fuga para o outro, pois que o prefixo *alter* indica alteridade, o outro. Nesse caminho, *alter* + *nância*, que poderíamos ouvir como *ânsia*. Assim, alternância seria então uma ansiedade pelo outro. Exatamente essa mudança que requer aquilo que se chama transformação. Transformar a ação. O outro aparece exatamente na medida da invenção. Ora, não basta apenas renovar. Pois que o novo desde seu aparecimento não pode mais ser visitado. Cada vez que gira, o ponteiro também gira, como nos ensina Humberto Gessinger. Essa a próxima dimensão que afeta essa nova academia. Ora é tempo de perceber que enquanto pesquisamos, somos pesquisados e esse círculo hermenêutico forma o tempo em acordo com o pensamento heideggeriano.

Essa fala acerca de um tempo do novo vem sendo requerida pelos pensadores contemporâneos como marca para uma academia coerente. Jacques Derrida diria que a única maneira de ciência por ele concebida seria aquela da invenção. É hora de ouvirmos esse pensador, pois se há um tempo novo, necessariamente o humano que interpela e cria esse tempo também carece ser inventado. Aqui talvez a grade questão que enreda a pesquisa nos dias atuais.

Em que pese o grande número de páginas escritas sem quaisquer dimensão de ocupação ética e social, importa ter em conta que a pesquisa, como foi realizada durante um tempo, e de alguma maneira ainda o é nos dias de hoje, deve ser reconhecida como componente político de transformação. É esse o último indicativo das reflexões acerca da Escola. Deve ela propiciar o espaço da invenção. Aquele que transforma a ação. Que cria. Novador de si. Tarefas possíveis apenas pelo e através desse outro que a todo tempo nos interpela com seu rosto frágil e infinito. Permitindo nossa existência fora de moldes estabelecidos.

Como dissemos, o tempo é de alternância, de *ânsia* por esse outro. Que é tempo. Rosto. Responsabilidade. Política e que é direito. Logo, se não erramos, a Revista que agora apresentamos quer prestar esse papel, de alternar o pensamento, e assim, encontrar esse outro novo que Derrida diz ser necessário para a ciência. Os textos que seguem aqui são a potência do ato que se quer realizar quando os olhares dos leitores encontrarem a dimensão, sem dimensão que o anseio do escritor requer quando se lança à pesquisa.

Alternância. Que seja disso nosso horizonte. De ansiedade por uma outra pesquisa que esteja próxima da realidade que vem. Do direito que vem e da diferença, que é marca de todo o primeiro ato humano. Alternadamente.

Desejamos boas leituras e agradecemos aos escritores que nos emprestaram seu infinito nesta edição.

BERNARDO G.B. NOGUEIRA  
GUSTAVO NASSIF

# SUMÁRIO



A REPERCUSSÃO PROCESSUAL DO REQUISITO MÁ-FÉ PARA A CONDENAÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR Hudson Gilbert de Oliveira e Thiago Augusto de Freitas.....	8
CLONAGEM HUMANA REPRODUTIVA E BIOREITO: HISTÓRICO, TÉCNICAS, REFLEXÕES (HARD CASES) Adélia Procópio Camilo.....	13
DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTES QUÍMICOS SOB A ÓTICA DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL Stéfani Cristina De Souza e Cristian Kiefer Da Silva.....	21
CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA VIA PREGÃO: ESTUDO SOBRE A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE LICITAR OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA POR MEIO DA MODALIDADE PREGÃO Gustavo Henrique Campos dos Santos, Josiane Vidal Vimeiro e Bernardo Alves Moraes de Souza.....	30
VIGIAR OS VIGILANTES: A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE INTERNO PARA A GARANTIA DA SEGURANÇA CIDADÃ E AS POTENCIALIDADES DO PROJETO DO CICC Diego Mendes de Sousa, Diego Valadares Vasconcelos Neto, Luiza Hermeto C. Campos e Maíra dos Santos Moreira.....	37
A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O NOVO PROCESSO CIVIL Thaís Bentes Leonel e Tatiana Prates Motta.....	43
CONSTITUCIONALISMO E ESTADO MODERNO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO PLURINACIONAL NA BOLÍVIA E EQUADOR Reinaldo Silva Pimentel Santos e Daniela Recchioni Barroso.....	47
AS VIOLAÇÕES À LEI 11.788/2008 DURANTE O INTERNATO MÉDICO Débora Caroline Pereira da Silva e Erenífa Ágata Saraiva Nunes.....	53
DO ERRADO E DO CERTO: NOTAS SOBRE AS INTERSEÇÕES ENTRE A MORALIDADE CONVENCIONAL E O CRIME Carlos Magalhães.....	63

# A REPERCUSSÃO PROCESSUAL DO REQUISITO MÁ-FÉ PARA A CONDENAÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

HUDSON GILBERT DE OLIVEIRA<sup>1</sup>  
THIAGO AUGUSTO DE FREITAS<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como finalidade revisitar a forma como tem sido decidida a questão atinente à repetição do indébito. Para tanto se analisam os conceitos fundamentais de consumidor e fornecedor, bem como as repercussões processuais de litigar na condição de consumidor. Ao final analisa-se a imposição da necessidade de prova de má fé do fornecedor como requisito da repetição do indébito.

**PALAVRA CHAVE:** Consumidor. Fornecedor. Repetição. Indébito. Má-Fé.

**ABSTRACT:** This article aims to revisit the way the question regards the repetition of the overpayment has been decided. For this we analyze the fundamental concepts of consumer and supplier as well as the procedural implications of litigating as a consumer. At the end analyzes the imposition of the need for evidence of bad faith from the supplier as a requirement of repeating the magpie.

**KEYWORD:** Consumer. Supplier. Repetition. Misuse. Bad Faith.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 As Atuais Concepções de Consumidor e do Fornecedor; 3 As Atuais Vantagens Processuais de se Demandar como Consumidor; 4 O Requisito da Má-Fé na Repetição do Indébito e a Re-Inversão do Ônus da Prova em Sede de Sentença; 5 Considerações Finais

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito do Consumidor

## 1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade cada vez mais marcada pela universalidade dos meios de produção e consumo veem-se incontáveis relações jurídicas, dentre elas, as relações de consumo.

Tais relações há muito deixaram de ser vistas de forma simplista e reduzida à fórmula: entrega de dinheiro gera entrega de produtos e serviços.

Após essa mudança de concepção, o direito do consumidor ganha status constitucional, com regulação própria por meio da lei 8078/90.

Nesse texto normativo os direitos básicos da relação encontram-se presentes com finalidades diversas, dentre elas a proteção do consumidor contra os abusos cometidos pelo fornecedor, o que ocorre, por exemplo, no controle e cobrança da inadimplência.

Com este foco é que se teve a regulação da cobrança indevida prevendo cominações quando ocorrida, tais como a devolução em dobro.

Ocorre que algumas decisões judiciais no âmbito das relações de consumo têm exigido a prova da má-fé do fornecedor para a condenação da repetição do indébito de forma duplicada. Seria, porém, a prova da má-fé, um requisito para a condenação?

A princípio não, já que os dispositivos legais não trazem qualquer menção da necessidade de má-fé. Ademais, a interpretação sistemática da lei consumerista demonstra a clara contradição à necessidade dessa prova, ainda mais quando se coloca essa necessidade ao consumidor, parte hipossuficiente da relação.

O estudo dessa exigência da má-fé se revela de grande importância para os consumidores, bem como para os operadores do direito, os quais poderão rever suas condutas antes e depois do ajuizamento da ação. O momento se revela propício para a pesquisa em discussão, já que o cenário vivido na economia nacional é propício para as relações consumeristas e as repercus-

sões dela advindas. Para viabilizar a pesquisa se usará de fontes doutrinárias e jurisprudenciais.

## 2 AS ATUAIS CONCEPÇÕES DE CONSUMIDOR E DO FORNECEDOR

A concepção do que se entende por consumidor fora transformada gradativamente com a evolução dos paradigmas de Estado.

No paradigma do Estado Liberal, pós Revolução Francesa, tem-se o surgimento dos ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Com eles vieram às revoluções industriais e a expansão do mercado de consumo. Nesse contexto, se constatava a liberdade de contratar, com a concepção de que o contrato fazia força entre as partes. O que implicava em uma quase que inexistente defesa do consumidor.

Com a superação do Estado Liberal e o conseqüente surgimento do Estado Social se verifica a intervenção do Estado na Economia bem como nos contratos advindos dessa atividade. É com este espírito que temos o surgimento dos direitos da segunda geração (igualdade), oportunidade na qual o Estado efetivamente inicia a Intervenção na Economia e nas relações de consumo.

Por fim, com a substituição do Estado Social pelo Democrático de Direito, que oportuniza a todos serem co-participes das decisões do Estado, é que os direitos fundamentais ganham guarida. Na Constituição da República Federativa do Brasil, são exemplos claros os Art. 5º XXXII e 170.

Assim em 11 de setembro de 1980 foi promulgada a Lei Ordinária Federal de n. 8.078 intitulada Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC.

No artigo 2º, logo de início, tal dispositivo legal já traz o que se entende por consumidor, sendo-o “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Neste contexto, resta facilmente constatado que para a correta compreensão do termo destinatário final se torna crucial para a definição de consumidor.

Todavia, a ideia de destinatário final não restou esclarecida, posto que ser destinatário final é retirar o bem do mercado (ato objetivo). Mas, se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão, adquirindo como profissional (elemento subjetivo) também deve ser considerado como consumidor?

Para os finalistas como Cláudia Lima Marques (2010, p.84) destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico, seja ele pessoa física ou jurídica. Segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto (retirá-lo) da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário econômico do bem. Ou seja, não adquiri-lo para revenda ou para uso profissional. Neste caso não haveria destinatário final. Consumidor seria, então, aquele que utiliza o bem para seu consumo próprio e da sua família e não o profissional já que o fim do CDC seria proteger um grupo específico de pessoas. Porém, essa corrente aceita exceções de pequenas empresas ou profissional que adquire um bem fora do seu ramo. Essa análise deve ser feita pelo judiciário.

Em contraponto, têm-se os maximalistas, para os quais, o consumidor seria o destinatário fático, ou seja, qualquer pessoa física ou jurídica que consome, não importa que seja para uso próprio ou da sua família.

Isso, por que:

*[...] os maximalistas viam nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadoras para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes de mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedor, ora de consumidores (BENJAMIM, 2010, p.85)*

Sendo uma terceira via, a teoria mista ou finalismo aprofundado o critério para definição do consumidor é a vulnerabilidade, reconhecendo como consumidor a pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou utiliza o serviço, mesmo em razão de equipamentos ou serviços que sejam auxiliares de sua atividade econômica. Surge aqui a interpretação da vulnerabilidade do consumidor.

Por vulnerabilidade, como nos ensina Antônio Herman Benjamin, podemos entender como "uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo" (BENJAMIN, 2010, p.87).

Esta teoria, aliás, é que tem tomado força junto aos nossos Tribunais, em especial no STJ:

*"1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumidor intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em*

*determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor [...]" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. REsp 1195642 / RJ RECURSO ESPECIAL 2010/0094391-6, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Data do Julgamento 13/11/2012, publicado no DJE em 21/11/2012, RDDP vol. 120 p. 135, RJP vol. 49 p. 156, disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=finalista+e+aprofundado&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=finalista+e+aprofundado&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO), acessado em 13/08/2014)*

Destarte, para a melhor compreensão da ideia de consumidor se faz necessária a análise da vulnerabilidade.

Superada a análise do conceito de consumidores, é mister uma digressão pelo que se entende por fornecedor, o qual, de acordo com art. 3º do Código de Defesa do Consumidor 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 prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista." (BRASIL, Lei 8078 de 11 de setembro de 1990, publicada no D.O.U. de 12.9.1990 - (Edição extra) e retificado no DOU de 10.1.2007, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm), acessado em 13/08/2013)*

Pois bem, do citado artigo acima se vê que para a melhor compreensão do que seja fornecedor é necessário que se tenha por completo a compreensão do termo desenvolvem atividade, ou seja, conforme Leonardo de Medeiros Garcia (2009, 25) somente será fornecedor aquele que pratica determinada atividade com habitualidade.

Ainda sobre o tema continua:

*"Nesse sentido, quando a escola oferece cursos não gratuitos no mercado, por praticar (desenvolver) a atividade de ensino, será considerada fornecedor. Agora, quando essa mesma escola resolve vender o veículo que serve para transportar professores, não estará atuando com habitualidade, pois não desenvolve a atividade de compra e venda de veículos. Nesse caso, ainda que se tenha do outro lado uma pessoa física adquirindo o veículo, a escola não será considerada fornecedora, não se estabelecendo, portanto, uma relação de consumo". (GARCIA, 2009, 25)*

João Batista de Almeida, citado por Garcia (2009, 25) traz brilhantes ensinamentos sobre o tema:

*"fornecedor é não apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos nos milhares e milhões de pontos de venda espalhados por todo o território nacional. Nesse ponto, portanto, a definição de fornecedor se distancia da de consumidor, pois, enquanto este há de ser o destinatário final, tal exigência já não se verifica quanto ao for-*

necedor, que pode ser o fabricante originário, o intermediário ou o comerciante, bastando que faça disso sua profissão ou atividade profissional” ALMEIDA, João Batista de, apud Garcia( 2009, p.26)

Destarte, resta demonstrado que teologicamente o conceito de fornecedor é o mais abrangente possível, já que busca a efetiva proteção do consumidor em suas várias relações.

### 3 AS ATUAIS VANTAGENS PROCESSUAIS DE SE DEMANDAR COMO CONSUMIDOR

O consumidor em juízo está amparado por uma série de facilidades que a lei nº 8.078/90 lhe confere, sobretudo diante da verossimilhança do alegado ou da sua hipossuficiência de recursos e técnica.

Ao se fazer uma leitura mais detida dos dispositivos da referida lei, sobretudo o artigo 6º, podemos perceber que o legislador criou um microsistema processual que deve ser observado quando se tem no polo da lide um consumidor em detrimento do fornecedor. As garantias de facilitação na defesa, interpretação favorável de contratos e inversão do ônus da prova repercutem de forma profunda não só no direito material em si como no direito processual, vez que a distribuição e valoração das provas devem estar atreladas à obediência destes dispositivos.

Diferente do que ocorre na prática processual ordinária, a distribuição do ônus de prova não segue rigorosamente o disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil. Isto porque o consumidor, autor em juízo, pode não ser obrigado a produzir as provas do fato constitutivo do seu direito (333, I do CPC) se o Magistrado, aplicando o disposto no inciso XIII do artigo 6º do CDC, inverter o ônus de prova.

Esta facilitação em juízo prestigia o consumidor em detrimento do fornecedor, pois este, além de já estar ciente dos riscos de sua atividade, tem mais facilidade de produzir provas do que o consumidor que muitas das vezes é totalmente leigo.

Mesmo diante das facilidades que o legislador pátrio houve por bem estabelecer para o consumidor em juízo, não é raro depararmos com situações um tanto quanto estranhas na prática processual, sobretudo no que tange ao ônus da prova.

Esta obrigação – para uns faculdade – que a lei trouxe de se inverter o ônus de prova em favor do consumidor e facilitar a defesa em juízo tem se chocado fortemente com regras processuais como livre convencimento motivado do juiz e princípio dispositivo. Talvez por uma prática indiscriminada de inversão do ônus da prova em sentença em detrimento dos fornecedores em juízo, iniciou-se um processo de criação de requisitos judiciais para amparar o direito dos consumidores. Um destes requisitos judiciais que a jurisprudência tem firmado é o da má-fé em pedido de repetição de indébito, que tem massacrado a pretensão dos consumidores em litígio afrontando a norma consumerista.

Revela-nos ainda importante antes de apontar os equívocos deste requisito, tecer considerações breves acerca desta inversão indiscriminada do ônus da prova em sentença, que agora também tem ocorrido em prejuízo do consumidor.

A inversão do ônus da prova, no nosso entendimento, deve ser manifestada pelo Juízo antes de proferir a sentença, ainda em despacho saneador, evitando assim cerceamento de defesa. Neste sentido, Fred Didier Jr., posicionou-se em sua obra.

*A previsão da inversão do ônus da prova amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais (consumidor e fornecedor) – desigualdade essa reconhecida pela própria lei. Assim, a inversão pode dar-se em qualquer ação ajuizada com fundamento no CDC. A regra*

*de inversão do ônus da prova é regra de processo, que autoriza o desvio de rota; não se trata de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova. Assim, deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento, pois “se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia. (r., Fredie Didier; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 85-88.)*

Desta feita, conforme demonstrado, várias são as benesses de litigar em juízo como consumidor, em especial a responsabilidade objetiva do fornecedor, a inversão do ônus da prova e a cadeia de responsabilidades solidária.

### 4 O REQUISITO DA MÁ-FÉ NA REPETIÇÃO DO INDÉBITO E A RE-INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM SEDE DE SENTENÇA

Não é raro nos depararmos com decisões judiciais – em processo cuja discussão é repetição de indébito apoiada no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor – que julga improcedente o pleito do consumidor ao fundamento de ausência de prova da má-fé do fornecedor.

Em que pese a jurisprudência ter caminhado neste sentido, principalmente nos Juizados Especiais, parece-nos um tanto quanto contrário ao espírito da legislação consumerista e afronta ao próprio dispositivo legal que se baseia, a determinação ao consumidor de prova da má-fé do fornecedor para se deferir a repetição do indébito, ainda mais em sentença.

O STJ, apesar de posições distintas das Turmas, tem entendimento majoritário no sentido de que deve haver prova da má-fé (dolo) para se aplicar a penalidade da repetição do indébito. Interessante lembrar que naquela Corte houve ampla discussão inclusive sobre dolo e culpa no caso do artigo 42 do CDC.

E, apesar da ampla discussão judicial sobre a má-fé (dolo) e erro justificável (culpa), parece-nos que não se deliberou sobre o espírito da norma que trouxe uma causa de excludente de responsabilidade, e não um requisito para deferimento da repetição de indébito.

Em recente julgado, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento de que a sanção só se aplicaria no caso de prova de engano injustificável. Assim restou ementado:

*CONSUMIDOR. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. ENGANO JUSTIFICÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 21 DO CPC. SÚMULA 211/STJ. 1. O Tribunal de origem afastou a repetição em dobro dos valores cobrados indevidamente a título de tarifa de água e esgoto, por considerar que não se caracterizou má-fé ou culpa na conduta da concessionária. 2. “Nos termos da jurisprudência da Segunda Turma, não se considera erro justificável a hipótese de ‘dificuldade de interpretação e/ou dissídio jurisprudencial’. Precedentes: (...). No Código Civil, só a má-fé permite a aplicação da sanção. Na legislação especial, tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição do fornecedor do produto em restituição em dobro” (AgRg no REsp 1.117.014/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, j. 2.2.2010, DJe 19.2.2010). 3. No presente caso, o Tribunal a quo consigna expressamente que “a sanção explicitada no parágrafo*

único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor somente é aplicável nos casos em que se verifique a ocorrência de engano injustificável do fornecedor ou prestador de serviços na cobrança dos débitos, hipótese que não se enquadra no vertente caso, em que se registra a existência de acentuada divergência no concernente a interpretação das disposições constantes no Decreto Estadual nº 21.123/83". 4. Inexistindo culpa da concessionária, inaplicável a condenação de devolução em dobro. 5. O Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre o art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ. 6. Em conformidade com a orientação remansosa do Superior Tribunal de Justiça, caberia à parte, nas razões do seu Recurso Especial, alegar violação do art. 535 do CPC, a fim de que o STJ pudesse averiguar a existência de possível omissão no julgado, o que não foi feito. 7. Agravo Regimental da Casa de Nossa Senhora da Paz não provido; Agravo Regimental da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp parcialmente provido para afastar a aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. AgRg no REsp 1308651 SP 2011/0082439-6, Ministro Herman Benjamin, julgamento 07/05/2013, Segunda Turma, DJe 17/05/2013

Eis aí o problema, pois, a interpretação do dispositivo desta forma criou um ônus probatório ao consumidor injustificadamente. Há clara alteração no ônus de prova, *opejudicis*, que contraria o caráter protetivo do Código de Defesa do Consumidor, já que a prova do engano justificável deve ser, por evidência, ônus do credor. (Nunes, 2013, 642).

Outro fato que chama a atenção é o momento processual em que se estabelece este ônus de prova. A prática hodierna tem nos demonstrado que este ônus tem sido imposto ao consumidor em sede de sentença, quando se toma conhecimento de que deveria ter produzido prova da má-fé do fornecedor.

Revela-se um tanto quanto estranho a imposição de um ônus (inexistente) ao consumidor em sentença enquanto a providência inicial que se deveria tomar em litígio desta natureza deveria ser a manifestação sobre a inversão do ônus da prova conforme determina o inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Quando o Juízo não manifesta em saneador sobre a inversão do ônus da prova em favor do consumidor e profere sentença improcedente com relação ao pedido de repetição de indébito por ausência de prova da má-fé, além de trazer em sentença um requisito que a lei não impõe, inverte o ônus de prova contra o consumidor.

Quando o Juízo manifesta inicialmente pela inversão do ônus da prova e em sentença julga improcedente o pedido de repetição do indébito por ausência de prova da má-fé, *re-inverte*, o ônus de prova em sentença, o que é mais nefasto que a situação anterior.

O artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor é imperativo ao afirmar que a cobrança indevida gera o direito à repetição de indébito. Contudo, o legislador houve por bem trazer hipótese de escusa ao réu, qual seja: prova de erro justificável.

A regra é condenação à devolução em dobro com prova da cobrança indevida (cobrar o que não se deve), já a exceção é a prova de erro justificável pelo réu.

Entende-se, assim, que o que ocorre na prática é que a regra passou a ser exceção e vice-versa. E por fim, como excludente que se pretendeu afirmar a jurisprudência, quer seja de culpa ou dolo, tal prova só pode recair sobre o réu.

Caso contrário, estar-se-ia frente a uma afronta aos princípios norteadores da relação de consumo, com clara e desproporcional re-inversão do ônus da prova.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que a relação de consumo é aquela que se estabelece entre consumidor e fornecedor, tendo como foco a prestação de um serviço ou fornecimento de um produto.

Litigar em juízo sob as proteções dos princípios inerentes à relação de consumo traz ao consumidor benesses várias, tais como a inversão do ônus da prova, a responsabilidade objetiva do fornecedor bem como a cadeia de responsabilidades solidárias.

Todavia, o que se tem visto nos julgados recentes é que ao decidir acerca da cobrança indevida de dívida do consumidor pelo fornecedor os tribunais têm exigido do consumidor a realização de prova de que a conduta do fornecedor estava viciada de má-fé.

Inobstante, pode-se concluir que ao exigir-se do consumidor a prova de conduta de má-fé do fornecedor vai de encontro com os princípios da relação de consumo, em especial a vulnerabilidade do consumidor.

Não bastasse, ao imputar ao consumidor o ônus da prova ocorre clara re-inversão do ônus probatório que fora a ele concedido por ocasião do artigo 6º VIII do CDC, o que seria um retrocesso.

Portanto, para que seja garantido o tratamento diferenciado previsto na Constituição da República – diferenciando inclusive a aplicação da norma especial (consumidor) e da regra geral (Código Civil, artigo 940) –, bem como no CDC, a prática de exigir do consumidor o ônus da má fé do fornecedor deve ser abolida

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, n.14,1995.

ARAUJO JUNIOR, Gediel Claudino de. *Prática no Processo Civil: cabimento/ ações diversas, competência, procedimentos, petições, modelos*- 17 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm) >. Acesso em: 20 agosto. 2013.

BRASIL. Lei 8078 de 11 de setembro de 1990, publicada no D.O.U. de 12.9.1990 - (Edição extra) e retificado no DOU de 10.1.2007, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm), acessado em 29/08/2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 7ª Ed. Salvador: juspodivm, 2012.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. 5. ed., Niterói, RJ, Ed. Impetus, 2009.

NAUFEL, Jose. *Dicionário de direito civil positivo: de acordo com o novo código civil e legislação complementar*. São Paulo: Ícone, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor/Rizzatto Nunes*. 8ª. Ed. ver. E atual. São Paulo. Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

## **NOTAS DE FIM**

1 Graduado e Pós-Graduando em Direito Processual pela PUC MG. Advogado da Torres, Oliveira & Freitas Advogados. Ex-professor Substituto de Prática Processual da PUC/MG – Contagem. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/MG.

2 Graduado e Pós-Graduado em Direito pela PUC MG. Advogado da Torres, Oliveira & Freitas Advogados. Ex-professor Substituto de Prática Processual da PUC/MG – Contagem. Ex-professor Assistente de Direito Civil e Processual Civil e Direito do Consumidor da FAMINAS/BH. Professor de Direito das Sucessões e do Consumidor da NEWTON, BH. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/MG. Conselheiro do Conselho Municipal de Defesa do Consumidor COMDECON/BH.

3 Art. 6º 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;

# CLONAGEM HUMANA REPRODUTIVA E BIOREITO: HISTÓRICO, TÉCNICAS, REFLEXÕES (HARD CASES)

ADÉLIA PROCÓPIO CAMILO<sup>1</sup>

**RESUMO:** Diante de todo o desenvolvimento cultural, científico e social, observa-se a necessidade de regulamentar as técnicas científicas de interferência na saúde e no corpo humano. O papel dos juristas é o de adequar essas crescentes descobertas e estudos ao ordenamento jurídico, garantindo o princípio norteador do direito atual, qual seja, a dignidade humana. Neste contexto, insere-se a clonagem humana, seja terapêutica, seja reprodutiva e que a muitos assombra. É importante reconhecer a inequívoca contribuição da ciência, no campo da clonagem e genética, para a ampliação do conhecimento e melhoramento da vida. Suas descobertas têm concorrido para o prolongamento e melhora da qualidade de vida dos seres humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Clonagem Humana, Clonagem Reprodutiva, Bioética, Biodireito.

**ABSTRACT:** In the face of all the cultural and social development, scientific, there is a need to regulate the scientific techniques of interference in health and the human body. The role of lawyers is to adapt these findings and studies the legal system growing, ensuring the guiding principle of the current law, namely human dignity. In this context, it inserts if human cloning, whether therapeutic, and reproductive is that many haunts. It is important to recognize the unique contribution of science in the field of cloning and genetics, to the expansion of knowledge and improvement of life. Their findings have contributed to prolonging and improving the quality of life of human beings.

**KEYWORDS:** Human Cloning, Reproductive Cloning, Bioethics, Biolaw.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Histórico; 3 Clonagem: Precisações Conceituais; 4 Funcionamento Técnico da Clonagem Reprodutiva; 5 Breve Exposição sobre Bioética e Biodireito; 6 Alguns Casos Concretos (hard cases); 7 Considerações Finais.

**ÁREA DE INTERESSE:** Biodireito.

## 1 INTRODUÇÃO

A partir da evolução da ciência e da tecnologia, a vida começou a ser analisada sob um novo enfoque. O seu começo, meio e fim ganharam técnicas de aperfeiçoamento. As crescentes descobertas científicas tornaram o mistério da vida mais decifrável.

A experimentação com o corpo humano, há muito tempo, é um tema que divide opiniões, seja de cientistas, juristas, leigos, instituições religiosas ou governantes de toda a sociedade internacional.

Toda essa polêmica originou a bioética e o biodireito, ambos preocupados com as possíveis repercussões advindas do crescimento e consequente aplicação das descobertas científicas.

Garcia (2010, p. 181) expõe:

*[...] Os caminhos da Ciência Biológica e do Direito, entrecruzados tantas vezes, coincidem agora e se encontram, no desenvolvimento da engenharia genética e, com esta, nas possibilidades e problemática do pré-embrião, do embrião, da clonagem, da manipulação do genoma humano [...]*

O homem sempre está buscando o aprimoramento de sua espécie, o que o torna capaz de interferir nos processos naturais dos sistemas biológicos, mediante a utilização de técnicas modernas que possibilitam a transformação e a criação seres vivos, visando a alteração, o melhoramento e o prolongamento da qualidade de vida.

Os clones não chegam a ser novidades biológicas, mesmo que tal termo somente na atualidade esteja sendo utilizado em larga escala, já se observava que os gêmeos idênticos são clones uns dos outros. Porém, os clones da atualidade são diferentes, e a principal diferença está na sua forma artificial de obtenção, através da técnica da clonagem reprodutiva, que se

vale de material genético de uma célula diferenciada de um indivíduo adulto.

## 2 HISTÓRICO

Pode-se considerar que a clonagem foi uma das novidades mais esperadas da história da Ciência. Desde o início do século XX, experimentos realizados demonstravam que seria possível produzir cópias genéticas de organismos.<sup>2</sup>

Em 1902, o americano Hans Spemann divide em dois um embrião de salamandra. Tratou-se de uma semiclonação, uma vez que o embrião era muito pequeno. Hans Spemann recebeu o Prêmio Nobel em 1935 por seu trabalho com embriões.

No ano de 1950, é realizada, nos Estados Unidos, a primeira experiência bem sucedida de fertilização artificial em vacas.

Em 1952, realiza-se a primeira experiência real de clonagem. Thomas J. King e Robert Briggs, do Instituto de Carnegie, nos Estados Unidos, procedem à clonagem de girinos a partir de núcleos de células somáticas. Obtêm-se embriões bem maiores que os de Hans Spemann. Porém, todos morreram antes de amadurecerem e se transformarem em rãs.

No início da década de 60 (1962), nascem nos Estados Unidos os primeiros bezerros de proveta.

Em 1967, o biólogo inglês John B. Gurden consegue obter clones de um vertebrado adulto. Repetindo o procedimento de Thomas J. King e Robert Briggs, Gurden cria o clone de uma rã. O clone se desenvolve a partir de uma célula comum, extraída do intestino de sua "mãe". Porém, novamente, o girino morreu antes de alcançar a vida adulta. Criou-se, também, outra polêmica, relativa ao amadurecimento da célula do intestino da rã utilizada para clonagem. Surgiu a dúvida se tal célula seria realmente "adulta",

uma vez que, apesar de se encontrar em um organismo totalmente formado, ela poderia ser imatura, semelhante à de um embrião (CRUZ; TEICH, 2001)

Na Inglaterra, em 1969, começam a ser realizadas experiências de fecundação de óvulos humanos em laboratório.

Em 1970 começam a ser realizadas pesquisas com embriões de ratos.

No mesmo ano, o *Journal of the American Medical Association* expôs em um editorial: "Certamente um dia seremos capazes de reproduzir um indivíduo em todos os seus detalhes, mas será que isso constitui uma meta desejável?".

Em 1978, os ingleses Patrick Steptoe e Robert Edwards anunciam o nascimento de Louise Brown, o primeiro bebê de prole. (CRUZ; TEICH, 2001.)

No ano de 1984, os embriologistas americanos Davor Solter e James McGrath realizam uma série de tentativas para clonar embriões de ratos transferindo os seus genes para dentro de um óvulo, técnica semelhante à que seria mais tarde usada por Ian Wilmut. Erroneamente, concluem que a clonagem de mamíferos por essa técnica é "biologicamente impossível".

Após nove anos, em 1993, na reunião da Sociedade Americana para Pesquisa da Fertilidade, realizada em Montreal (Canadá), os pesquisadores norte-americanos Jerry Hall e Robert Stillman anunciaram que, durante um trabalho de fertilização assistida, haviam separado os blastômeros (células resultantes do processo de segmentação da célula - ovo) de um zigoto segmentado.

Zigoto este que, fatalmente, degenerar-se-ia, pois era triploide, isto é, possuía três conjuntos cromossômicos em vez de dois, encontrados em uma célula comum. A partir de cada um dos blastômeros, mostraram que era possível obter um embrião. Portanto, se o zigoto segmentado tivesse sido normal, os vários embriões resultantes teriam a possibilidade de serem implantados no útero de uma mulher, podendo gerar gêmeos univitelinos.

Foram divididos 17 embriões, nos estágios de duas a oito células, resultando em 48 novos embriões. Todos os embriões gerados foram destruídos ao final do experimento, com um estágio máximo de desenvolvimento de 32 células.

Foi no final de 1993, portanto, que a expressão 'clonagem humana' começou a ser divulgada com maior intensidade. Na realidade, Hall e Stillman tentaram aplicar à espécie humana o que já vinha sendo feito há muito tempo em animais.

No ano de 1994, o veterinário americano Neal First clona os primeiros embriões de vaca.

Em 1996, nasce na Escócia, a ovelha Dolly, clonada a partir das glândulas da mama de uma ovelha adulta.

Pela primeira vez, em todo o mundo, criou-se o clone de um animal adulto. O nascimento da ovelha Dolly foi produto de muitos anos de pesquisa do embriologista inglês Ian Wilmut. O nome Dolly foi dado à ovelha em homenagem à atriz Dolly Parton, famosa por suas glândulas mamárias.

O embriologista Ian Wilmut possuía como base de sua pesquisa a criação de animais capazes de produzir drogas para uso humano, já que era patrocinado por um laboratório.

Posteriormente, foi descoberto o envelhecimento precoce da ovelha, clonada a partir de outra adulta, lançando ainda mais dúvidas sobre a questão.

Em 1997, foi clonada a ovelha Polly recebendo genes humanos e unindo, dessa forma, em uma única pesquisa as técnicas de clonagem e transgenia.

Nesse mesmo ano, o pesquisador inglês Jonathan Slack, da Universidade de Bath, cria um sapo transgênico sem cabeça. A

Universidade do Havaí, por sua vez, produz os primeiros camundongos clonados.

No início do ano de 1998, cientistas da Universidade de Wisconsin usam óvulos de vacas para abrigar embriões clonados de ovelhas, porcos, ratos, bezerros e macacos. Entretanto, problemas congênitos impediram as gestações de chegar ao fim (FREITAS JÚNIOR; PROPATO, 2001).

Por sua vez, o cientista americano Richard Seed afirma que fará clonagens humanas clandestinas. Já se torna possível, também, a separação de espermatozoides que têm o cromossomo Y dos que têm o cromossomo X, de modo a poder usar um ou outro, conforme se queira, levando à possibilidade de escolha do sexo do bebê. Assim, se a fecundação for feita com os espermatozoides que têm o cromossomo Y, nascerá um menino, caso contrário, uma menina irá nascer.

Ainda em 1998, os americanos James Thomson e Jonh Gerhart isolam as primeiras células tronco de um embrião humano em um estágio muito inicial de desenvolvimento.

Ao final de referido ano, no Japão, oito vacas são clonadas a partir de uma célula adulta.

Em meados de 1999, nascem as ovelhas Diana e Cupido, com gene que as faz produzir grandes concentrações de albumina humana, essencial ao tratamento de queimados e feridos, inclusive leite com referida proteína.

Em setembro de 1999, nasce a macaca terra, primeira primata clonada pela técnica de fissão de embriões, ou produção artificial de gêmeos, em que um embrião é dividido em quatro clones. Terra foi a única a sobreviver.

No ano de 2000, foi revelada a existência de Xena, porca clonada no Japão a partir de uma experiência que utilizou 110 (cento e dez) óvulos fertilizados. Nasce também Andi, primeiro macaco transgênico. Andi recebeu o gene de determinada espécie de água-viva que brilha quando exposta à luz. Foram necessários 225 (duzentos e vinte e cinco) óvulos, 40 (quarenta) embriões e 5 (cinco) gestações para a geração de 1 (um) só macaco com as alterações desejadas.

Em 2001, no Distrito Federal, nasce a bezerra Vitória, primeiro animal clonado no Brasil. Dos 15 (quinze) embriões utilizados na experiência, apenas 1 (um) sobreviveu.

Em fevereiro de 2002, a PPL Therapeutics, empresa fundada nos EUA pelos criadores de Dolly, apresenta novos clones de porcos. Esses animais foram clonados sem um gene responsável pela rejeição de órgãos suínos, quando transplantados para pessoas. Um dia depois, a Universidade do Missouri, diz ter obtido o mesmo avanço.

O ano de 2002 também foi marcado por anúncios de cientistas como o italiano Severino Antinori e o americano Panayiotis Zavos, que declararam a intenção de clonar um ser humano, despertando curiosidade e polêmica entre os cientistas, assim como entre a opinião pública. Alguns meses depois de referida declaração, Antinori chegou a dizer que uma mulher estava grávida de oito semanas de um clone humano, de acordo com a edição on-line da revista médica *New Scientist*<sup>8</sup>. Em reação ao anúncio de Antinori, a empresa Clonaid anuncia já ter implantado no útero de diversas mulheres, embriões produzidos a partir de clonagem. Da mesma forma, uma pesquisadora chinesa respeitada - Lu Guangxiu - declara ao jornal americano "Wall Street Journal", que produzia dezenas de embriões humanos por clonagem desde 1999.

Em julho de 2002, nasce a bezerra Penta, o primeiro clone de um animal adulto produzido no Brasil. A bezerra morreu de infecção generalizada, cinco semanas depois.



Também em 2002, a *Universidade A and M*, Texas, realizou a primeira clonagem de um animal de estimação, no caso, um gato, que recebeu o nome de Copycat, demonstrando que pesquisas continuavam sendo realizadas em todo o mundo, com as mais diversas espécies de animais.

Ainda em 2002, uma empresa afirma ter clonado um ser humano. Dizem que o bebê, uma menina chamada Eva, nasceu sadia e pesa 3,2 Kg. A empresa é da seita dos realianos - que acreditam que o ser humano é obra de extraterrestres. Nada foi confirmado desde então.

O ano de 2003, por sua vez, inicia-se com a notícia da morte da ovelha Dolly na Escócia, no dia 14 de fevereiro, sexta-feira, aos 6 (seis) anos. Observa-se que uma ovelha pode viver até 12 (doze) anos. Veterinários deram à ovelha mais famosa do mundo uma injeção letal, depois de descobrirem sinais de uma doença pulmonar progressiva. A necropsia revelou que Dolly teve câncer.

Em dezembro de 2003, a Câmara Baixa do Parlamento francês aprova um projeto de lei que torna a clonagem reprodutiva humana um crime contra a humanidade, suscetível de punição de 30 (trinta) anos de prisão e multa de até 7,5 milhões de euros.

No mês de fevereiro de 2004, cientistas sul-coreanos, liderados por Hwang, anunciam que produziram uma linhagem de células-tronco pluripotentes (capazes de se diferenciarem em vários tecidos), a partir de dezenas de embriões produzidos por meio da clonagem. Anunciaram, assim, o que seria a maior descoberta do novo século: a primeira clonagem de um embrião humano. Porém, no mês de dezembro, uma equipe de pesquisadores sul-coreanos mostrou que as pesquisas de Hwang foram forjadas. O cientista desculpou-se publicamente e pediu demissão da universidade onde trabalhava.

No Brasil, também em fevereiro, nasce a bezerra Vitoriosa, cópia da vaca Vitória, primeiro clone brasileiro. O nascimento foi anunciado duas semanas depois de realizado o procedimento. Após três meses, Vitoriosa morre. A causa mortis mais provável foi um ataque do coração.

Em fevereiro de 2005, a ONU aprova uma resolução que pede às nações que proibam todas as formas de clonagem humana que não protejam a vida - incluindo aquelas com fins terapêuticos.<sup>4</sup>

Ainda no final de fevereiro, cientistas franceses do laboratório Cryozootech e o centro de pesquisa genética italiano CIZ clonam o cavalo campeão Pieraz-Cryozootech-Stallion, que fora castrado ainda novo. O laboratório informou que seus bancos de genes já continham células de trinta cavalos, todos excepcionais em suas categorias de competição, além de outros de raças em perigo de extinção.

Também em 2005, os sul coreanos mostram ao mundo o primeiro clone de um cão adulto, que foi chamado de Snuppy. A novidade está na maior dificuldade que a clonagem de um cão exige por causa da fisiologia reprodutiva única desse animal, que reduz a qualidade e a quantidade dos óvulos utilizados no processo. Os genes de Snuppy foram retirados de uma única célula da orelha de um cachorro adulto. A descoberta foi considerada a invenção mais espetacular de 2005, de acordo com a revista norte-americana *Time*, que seleciona anualmente os projetos que podem ter grande impacto na sociedade (PARK, 2005).

No Brasil, em maio de 2005, a Embrapa anuncia a produção de dois clones da raça bovina Junqueira, sendo ambas, *Porã* e *Potira*, clones da mesma fêmea.

Em 2013, uma equipe de cientistas de Oregon, nos EUA, anunciou que conseguiu reprogramar células da pele humana para que atuem como células-tronco, o que pode abrir caminho

para a clonagem com fins terapêuticos de órgãos humanos. Os cientistas acreditam que as células-tronco poderiam ser usadas para substituir as células danificadas por doenças ou lesões, e para tratar males como o Parkinson, a esclerose múltipla, as doenças cardíacas e as lesões na medula espinhal.

O histórico em questão demonstra que as pesquisas não cessam e evoluem a cada dia, demonstrando a rapidez das revoluções operadas pelas ciências biomédicas e o surgimento de difíceis questões ético - jurídicas, não podendo o direito deixar de se manifestar diante de tal realidade.

### 3 CLONAGEM: PRECISÕES CONCEITUAIS

Antes de adentrar no funcionamento técnico da clonagem, é necessário fazer uma breve conceituação: o termo clone foi criado em 1903 pelo botânico Herbert J. Webber enquanto pesquisava plantas no Departamento de Agricultura dos Estados Unidos. Segundo Webber (1903), o termo vem da palavra grega *Klón*, que significa broto vegetal. É basicamente um conjunto de células, moléculas ou organismos descendentes de uma célula e que são geneticamente idênticas a célula original (DINIZ, 2009).

Desta forma, a clonagem é um processo de reprodução assexuada, onde são obtidos indivíduos geneticamente iguais (micro-organismo, vegetal ou animal) a partir de uma célula-mãe. É um mecanismo comum de propagação de espécies de plantas, bactérias e protozoários. Em humanos, os clones naturais são gêmeos univitelinos, seres que compartilham do mesmo DNA, ou seja, do mesmo material genético originado pela divisão do óvulo fertilizado.

Cabe aqui, fazer-se a distinção entre as clonagens reprodutiva e terapêutica, lembrando que apenas a primeira será objeto do presente estudo.

Pode-se observar que o destino dado ao ente clonado é uma das principais diferenças entre as clonagens terapêutica e reprodutiva: no primeiro caso, o embrião seria a fonte de colônia de células-tronco e teria sua existência restrita ao âmbito laboratorial. Na clonagem reprodutiva, o destino do embrião é ser implantado no útero de uma mulher, para que seu desenvolvimento seja levado a termo, surgindo daí uma pessoa humana, dotada de vida social.

A clonagem reprodutiva objetiva criar uma cópia idêntica de um ser humano. Seria como um gêmeo idêntico, porém, nascido anos ou décadas depois. Foi através de um processo de clonagem reprodutiva que foi criada a ovelha Dolly, como será a seguir explicitado.

Em relação à clonagem terapêutica, observa-se que os seres vivos são concebidos a partir da multiplicação de uma única célula ovo, contendo em seu DNA toda a informação hereditária. Antes de começarem a se dividir e se diversificar para formar os tecidos do corpo, as células do embrião são indiferenciadas.

A clonagem terapêutica tem como objetivo principal reorientar essa única célula a produzir um determinado conjunto de células ou um tecido: é a chamada célula tronco. Assim, elas podem funcionar como um "curinga" de órgãos doentes, ajudando a substituir seus órgãos degenerados. No caso de alguém que fosse portador de uma doença como a leucemia, por exemplo, e necessitasse de um transplante de medula, ele poderia ser o doador para ele mesmo, não correndo o risco de rejeição, graças à clonagem terapêutica.

Dieguez (2011), trouxe uma reportagem interessante sobre estudos feitos com células-tronco. Referidas células - unidades com potencial para se transformarem em tecidos musculares, cardíacos, nervosos, dentre outros - são as responsáveis pela

discussão acerca da legalização da clonagem terapêutica, haja vista que, como será mostrado ao longo desse estudo, a clonagem reprodutiva é majoritariamente refutada. Nessa reportagem, expõe-se que como a lista de males possivelmente curáveis cresce a cada dia, é difícil dizer onde vão parar os benefícios médicos dessas incríveis “peças de reposição naturais”. Resultado: com essa descoberta, gerou-se uma pressão política enorme para a tomada de decisões rápidas sobre a clonagem. O motivo é que para obter, estudar e utilizar células-tronco, é preciso tirá-las de embriões muito jovens, de preferência logo após quatro dias de idade, quando o futuro bebê ainda é apenas uma esfera invisível a olho nu formado por algo entre 50 e 300 células. E a melhor maneira de fazer isso, dizem os especialistas, seria produzir embriões em laboratório, com a clonagem.

#### 4 FUNCIONAMENTO TÉCNICO DA CLONAGEM REPRODUTIVA

Sendo a clonagem reprodutiva um tema relativamente novo, torna-se necessário demonstrar o funcionamento técnico do processo de clonagem, desmistificando várias polêmicas causadas, muitas vezes, pelo desconhecimento do tema e pela veiculação de informações inverídicas por parte da mídia.

A reprodução é o processo biológico em que os seres vivos originam novos indivíduos, sendo a etapa do ciclo vital que permite a perpetuação das espécies.

Para muitos seres a clonagem é um método de reprodução normal, natural, o que não ocorre com a maioria dos organismos existentes. As bactérias, por exemplo, seres unicelulares, reproduzem-se através da clonagem, ou seja, as filhas são cópias genéticas idênticas às suas mães. A reprodução das bactérias é assexuada. Há apenas uma duplicação e posterior divisão de tais seres (SILVA JÚNIOR e SASSON, 2001).

Porém, na maioria dos organismos, nenhuma célula do corpo seria capaz de gerar um novo ser. A reprodução é sexuada, ocorrendo a fecundação entre os gametas feminino e masculino e a transmissão das características hereditárias.

Haveria duas formas de reprodução que poderiam ser utilizadas na clonagem: a separação das células de um embrião em seu estágio inicial de multiplicação celular ou a substituição do núcleo de um óvulo por outro proveniente de uma célula de um indivíduo já existente.

Na primeira classificação, que seria a separação provocada das novas células de um embrião, serão produzidos novos indivíduos exatamente iguais quanto ao patrimônio genético, porém diferentes de qualquer outro existente, por exemplo, como ocorre na natureza quando da geração de gêmeos univitelinos.

O Professor Jerry Hall, da *Universidade George Washington*/EUA, realizou esse tipo de experimento. Foram divididos 17 (dezesete) embriões, nos estágios de 2 (duas) a 8 (oito) células, resultando em 48 (quarenta e oito) novos embriões. Todos os embriões gerados foram destruídos ao final do experimento, com um estado máximo de desenvolvimento de 32 (trinta e duas) células.

A segunda técnica seria a que reproduz assexuadamente um indivíduo criando outro igual ao previamente existente.

A reprodução assexuada é classificada por Stela Marcos de Almeida Neves Barbas (1998, p. 39-40), da seguinte forma:

I - Reprodução Assexuada.

*Cloning.*

##### 1.1 Com componente genético de um dos cônjuges:

a) Gene do pai, clonado em óvulo de mãe legal e gerado por ela - *cloning* homólogo.

b) Gene do pai, clonado em óvulo doado e gerado por mãe legal. .

c) Gene da mãe, clonado em óvulo de mãe legal e gerado por ela - *cloning* antólogo.

d) Gene clonado em óvulo de mãe doadora e gerado por ela.

##### 1.2 Com componente genético de doador, clonado em óvulo de mãe portadora e gestado por ela - *cloning* heterólogo.

Foi utilizada a reprodução assexuada, no caso a técnica do transplante nuclear, na criação da ovelha Dolly, e é anunciada pelos cientistas como a que deverá ser utilizada para a clonagem de seres humanos.

Essa técnica consiste em retirar-se do ser (do animal) ao qual se deseja copiar, uma célula comum cujo núcleo é, em seguida, extraído, sugado com uma agulha. O núcleo de referida célula é enxertado em um óvulo - do qual também foi retirado o núcleo - de outro ser.

Para unir o óvulo ao núcleo inserido, utiliza-se uma descarga elétrica. O patrimônio genético do ovo formado é completo, uma vez que vem de uma célula comum de um animal adulto. A partir de tal fusão, o óvulo é colocado em um meio que estimula a formação do embrião que, por sua vez, será implantado no útero de outro organismo, da mesma espécie que os anteriores. Após o período de gestação, nascerá um ser geneticamente igual àquele do qual foi extraído o núcleo da célula comum, apesar de o óvulo e útero pertencerem a outros organismos.

O médico italiano Severino Antinori citado por Dieguez (2001) afirma ser possível a clonagem humana através da seguinte experiência: serão retirados óvulos de 180 (cento e oitenta) mulheres. Estimuladas por drogas, cada mulher doará, aproximadamente, 10 (dez) óvulos, cujos núcleos serão removidos, ou seja, totalizando 1800 (mil e oitocentos) óvulos. Como descrito anteriormente, será introduzido em tais óvulos, o núcleo das células de pessoas candidatas à clonagem. Após o processo de reconstrução e fecundação, apenas 600 (seiscentos) óvulos chegarão ao estágio de embrião.

Foram selecionadas outras 200 (duzentas) voluntárias que possuirão, em média, 3 (três) embriões implantados em seus úteros. Apenas 30 (trinta) voluntárias passarão da metade do período de gravidez. Ao final, terão nascido, aproximadamente, 8 (oito) bebês e, entre esses, somente 3 (três) deverão sair sadios do berçário (CRUZ, 2001).

Vários obstáculos e polêmicas são gerados a partir de tal experimento, quais sejam: inicialmente, 1/5 (um quinto) dos 1800 (mil e oitocentos) óvulos, é jogado fora após a primeira fase citada.

A retirada do núcleo das células comuns e sua fusão com o óvulo possuem, atualmente, índice de falha de 60% (sessenta por cento) em média.

Proporcionalmente, poucas células clonadas tornam-se embriões. No caso da ovelha Dolly, por exemplo, das 227 (duzentas e vinte e sete) células utilizadas, somente 27 (vinte e sete) tornaram-se embriões. Suspeita-se que a cultura dos embriões, além de provocar perdas, cause futuros problemas genéticos nos clones. Em alguns casos ainda, os defeitos do embrião poderão colocar em risco a fêmea cujo útero está sendo utilizado, gerando a possibilidade de uma pequena parte delas morrer durante o parto.

O processo de nidação (fixação dos embriões nos úteros) é, por sua vez, incerto: quase metade dos embriões não se fixa. Dos que passam por essa etapa, 50% (cinquenta por cento) morre nos primeiros meses. É o que está sendo chamado de “síndrome das crias”. A causa mais comum dessas mortes é o

crescimento exagerado dos órgãos a ponto de inviabilizar a sobrevivência das crias.

Acrescenta-se que alguns dos clones morrerão de problemas respiratórios e cardíacos ao nascer, ou nas primeiras horas de vida. Outros viverão com falhas genéticas e/ou imunológicas graves. Mesmo depois de crescidos, porém, alguns desses clones poderão desenvolver anormalidades que até então, não tinham se manifestado.

Calcula-se que, de todos os embriões clonados, apenas 1% (um por cento) a 5% (cinco por cento) tornam-se adultos saudáveis (DIEGUEZ, 2001).

Também não se pode prever como tais clones se comportarão logo após o nascimento e durante seu desenvolvimento até a fase adulta. Vários experimentos com clones de camundongos demonstram que sua longevidade é muito reduzida em relação ao indivíduo original (clonado). A ovelha Dolly já sofria de artrite com apenas cinco anos (BONFIM, 2005), uma doença comum na velhice ovina, e que não foi documentada no indivíduo do qual Dolly se originou. Em várias espécies, os clones gerados a partir de indivíduos adultos, incluindo Dolly, apresentam vários outros sinais de envelhecimento precoce. O experimento mais significativo evidenciando a eficiência da clonagem, executado pela empresa Advanced Cell Technology, foi feito com 30 vacas clonadas e indicou que "apenas" 20% dos clones apresentaram problemas até a idade de quatro anos, fase adulta dos bovinos. Talvez outras vacas possam ainda apresentar problemas até seus 20 anos, se chegarem à velhice bovina, mas estas informações, presume-se, só poderão ser obtidas daqui a algumas décadas.

Outro fator a ser considerado são os custos, os quais não devem ser esquecidos, pois a técnica de clonagem, que permite a criação de cópias de um único ser clonado, implica em vultuosos gastos. Cumpre apenas lembrar que uma outra técnica foi desenvolvida pelos cientistas criadores de Dolly, qual seja, fusão das técnicas de transplante nuclear com a transgênese, onde o gene de interesse é adicionado ao genoma da célula que será utilizada como doadora (DINIZ, 2003). Conjugando-se essas duas técnicas, permite-se a produção de indivíduos transgênicos, ou seja, com alterações genéticas.

Mas o que poderia acontecer à espécie humana? Qualquer cientista sério responderia que problemas similares nos vários estágios da clonagem e desenvolvimento do clone humano podem aparecer com significativa probabilidade. Mas é necessário pensar em situações que não podem ser respondidas agora. Por exemplo: grande parte do processo de envelhecimento humano está associada à nossa função cerebral, bem diferenciada dos outros animais. Será que teremos de esperar clones humanos se desenvolverem para anotarmos, tal como um resultado de experimento que levou vários anos para ser respondido, que clones ficam "caducos" antes do tempo?

Verificando-se os detalhes científicos dos processos de clonagem, é fácil perceber as barreiras legais, éticas e morais que deverão ser enfrentadas por aqueles que se "aventurarem" na produção de um clone humano.

## 5 BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE BIOÉTICA E BIODIREITO

O termo Bioética refere-se, frequentemente, aos problemas éticos derivados das descobertas e das aplicações das ciências biológicas e, como exposto, estas tiveram um grande desenvolvimento nos últimos tempos.

Segundo Sá (2004, p. 1):

*Nessa esteira de raciocínio, a Bioética surge como corolário do conhecimento biológico, buscando o também conhecimento do sistema de valores. Embora se refira, freqüentemente, aos problemas éticos derivados das descobertas e das aplicações das ciências biológicas que tiveram grande desenvolvimento na segunda metade do século XX, muito importante se faz ressaltar, na busca de maior aprofundamento sobre o tema, que referida ciência tem como uma de suas preocupações principais a questão da autonomia do paciente.*

Tal termo foi utilizado pelo oncologista e biólogo norte americano Van Resselder Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, inicialmente num sentido ecológico, onde se considerou a bioética como a ciência da sobrevivência. Posteriormente declarou que "bio" significaria o conhecimento biológico e "ethike" o conhecimento do sistema de valores (PESSINI, BARCHIFONTAINE; DE PAUL, 1996).

Historicamente origina-se da preocupação da comunidade científica, das autoridades e da população em geral, sobre as experimentações com o corpo humano, desde as práticas nazistas.

Sobre a origem da bioética, Séguin (1999, p. 18-19):

*A fusão da ética com a ciência da vida deu origem à Bioética, integrando a cultura humanística à técnico - ciência das ciências naturais. Surgiu na década de 60 como estudo multidisciplinar, preocupada com os reflexos do comportamento humano ante o progresso das ciências da saúde. Passou além da ética - ciência e da Filosofia do Direito, interfaceando o Direito Penal e o Direito Civil.*

Para Diniz (2001, p. 10-11):

*A bioética seria, no sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, à distanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias gênicas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido, à clonagem de seres humanos, à maternidade substitutiva, à escolha do tempo para nascer ou morrer, à mudança de sexo em caso de transexualidade, à esterilização compulsória de deficientes físicos ou mentais, à utilização da tecnologia do DNA recombinante, às práticas laboratoriais de manipulação de agentes patogênicos, etc., como também dos decorrentes da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso de armas químicas. Constituiria, portanto, uma vigorosa resposta aos riscos inerentes à prática tecnocientífica e biotecnocientífica, como os riscos biológicos associados à biologia molecular e à engenharia genética, às práticas laboratoriais de manipulação genética e aos organismos geneticamente modificados [...].*

A discussão em torno da Bioética chamou a atenção para as implicações decorrentes das pesquisas biomédicas e biotécnicas, que podem trazer prejuízos à saúde física e mental do homem, afetar o ecossistema, interferir na etnia, agravando posturas racistas, preconceituosas, discriminatórias de indivíduos e grupos étnicos, sociais, econômicos, entre outras polêmicas. Essa discussão evidencia a necessidade de inserir ações no mundo jurídico, para o estabelecimento de normas regulamentadoras dessas pesquisas, sua destinação e implementação de seus resultados, garantindo à sociedade e à pessoa humana a segurança necessária à manutenção de seu bem estar.

O biodireito, então, surge da união da bioética com o direito. O biodireito teria a vida como objeto principal, salientando-se que a verdade científica não poderá se sobrepor à ética e ao direito,

assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem os devidos limites jurídicos, os destinos da humanidade.

Biodireito, para Bobbio (1992, p. 13):

*Direito de Quarta geração, cujo objeto é justamente, regular os efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, acompanhando as transformações sociais em curso e buscando prevenir e solucionar todos os conflitos dela decorrentes.*

Segundo Séguin (1999, p. 18-19):

*O Biodireito como ciência disciplina as relações médico-paciente, médico-família do paciente, médico-sociedade e médico-instituições, e os diversos aspectos jurídicos que surgem dentro, fora e por causa destes relacionamentos, introduzindo a noção de saúde moral à saúde física. [...] Kant ensinou que a violação do Direito ocorrida num ponto da terra é sentida por todos [...].*

Consideram-se interessantes, ainda, as seguintes observações sobre a bioética e o biodireito:

Andrade Júnior (2002, p. 233-235)

*Como a Moral e a Ética, a Bioética e o Biodireito também lidam com normas sociais. Estas, por sua vez, são comando de dever-ser, não estando, assim, na ordem do ser. Isso porque as normas sociais estão sujeitas ao fenômeno da imputação e não da causalidade. São causais os fenômenos da natureza, na qual uma causa produz inexoravelmente uma consequência [...] É a Bioética um ramo da Ética, quando se estuda o fato relacionado à Biomedicina e será o bem o valor nuclear a dar conteúdo às normas pertinentes a este fato. Todavia, se as normas éticas forem eleitas pelo legislador, como de suma relevância para os fins desejados pelo mesmo, serão estas normas validadas, no que diz respeito ao Direito, surgindo, então o Biodireito. Nesse sentido, o Biodireito será um ramo do Direito, mas abrangerá a Bioética.*

Sá (2004, p. 1)

*Assim, apesar de termos apontado suas diferenças, Bioética e Biodireito seguem juntos. O Direito não se limita ao discurso legal. A força da norma é uma força da realidade. E esta verdade também se encontra na Bioética, pelo efeito juridicizante que já expomos. E a função maior de ambos é a proteção dos direitos humanos, ainda que utilizando técnicas distintas de abordagem, que ao final, sem sombra de dúvidas, se completam.*

Pelo já exposto, percebe-se a necessidade do Direito, seja interno, seja internacional, através do Biodireito e da Bioética, de tutelar e proteger a sociedade, assegurando aos homens direitos essenciais como sua dignidade, assim como a necessidade de manter-se um diálogo aberto e permanente entre os países do globo, sobre as consequências da clonagem para o ser humano.

## **6 ALGUNS CASOS CONCRETOS (HARD CASES)**

Após ter estabelecido a distinção entre os tipos de clonagem e demonstrado como se dá o funcionamento técnico da clonagem reprodutiva, cabe aqui relatar, com o objetivo de instigar a reflexão e de mostrar como poderão ser concretas algumas das situações expostas por Silver (2001), com as quais, possivelmente, a humanidade irá se deparar, cotidianamente, em um futuro próximo:

- *Primeira situação:* Anissa era estudante e recebeu o diagnóstico de uma leucemia mielóide, um câncer de progresso lento mas fatal, das chamadas "células-mãe" do sangue. A única maneira de curar esse câncer é por um processo de duas etapas: a) um tratamento com substâncias químicas extremamente tóxicas

que destroem todas as "células-mãe" do sangue - o que inclui as cancerosas - em todo o corpo da pessoa. b) a substituição das "células-mãe" eliminadas por outras fornecidas por um doador, mediante transplante de medula óssea. O doador deve mostrar compatibilidade suficiente de tecidos com a pessoa carente e a chance de haver compatibilidade suficiente entre dois indivíduos, que não sejam parentes, é de 1(um) para 20(vinte) mil.

Os pais de Anissa, que estavam desesperados para salvar a vida da filha, procuraram um doador. Nenhum dos membros da família era compatível e também se mostraram frustradas outras buscas. A essa altura, os pais tomaram uma decisão: iriam ter outra criança que pudesse doar a medula óssea necessária a Anissa. Por milagre, conseguiram ter uma filha compatível e realizaram o transplante. Desde então, a menina repete, bem feliz, que salvara a vida de sua irmã.

Considerando, porém, o que os pais poderiam ter feito se a clonagem estivesse disponível quando souberam da doença da filha; com uma célula da pele do corpo de Anissa, por exemplo, eles teriam sido capazes de construir um novo embrião com o mesmo material genético. E, em vez de lutarem contra as probabilidades, saberiam desde o início que seu novo filho seria não apenas um doador adequado, mas também perfeitamente compatível com sua filha mais velha (o que é possível apenas com gêmeos idênticos). Exceto por um detalhe, o resultado final não seria diferente do que realmente aconteceu. Uma criança chamada Marissa ainda teria nascido e ela ainda teria curado sua irmã mais velha. É claro que com a diferença de que ao invés de ter material genético 99,95% igual ao de sua irmã mais velha, como os outros pares de gêmeos, o material genético de Marissa seria 100% igual ao de Anissa. Isso faria diferença na quantidade de amor que os pais de Marissa sentiriam por ela? Estaria ela menos orgulhosa de ter salvado a vida de sua irmã? Claro que não. Mas tendo em vista as implicações impostas acima, tem-se que o procedimento ainda é muito incerto, devendo ser acrescentada a seguinte pergunta: seria Marissa realmente saudável?

- *Segunda situação:* um casal possui um par de gêmeos e depois de algum tempo a mãe fica estéril. Um dia, um rapaz drogado invade a calçada com seu carro desgovernado e mata os bebês que estavam em um carrinho no passeio. Os pais sabem que não podem ter mais filhos biológicos. Sem que eles soubessem um médico que estava na sala de emergência no momento em que os bebês foram levados para lá, retirou, cuidadosamente, amostras dos tecidos de ambos os corpos logo depois de mortos e os congelou. Ele explica aos pais como poderiam utilizar essas amostras, em uma tentativa de ter de novo seus próprios filhos biológicos, por meio do processo de clonagem. É claro, ele adverte, que os gêmeos originais não serão trazidos de volta. Mas as crianças daí nascidas se parecerão e muito provavelmente agirão de modo similar aos bebês que eles perderam.

O casal fica confuso com a escolha que está sendo oferecida a eles. No entanto, decidem ir em frente. Agora a família está completa. Um estranho nunca saberia que essa família foi construída pela clonagem dos dois gêmeos fraternos nascidos antes. Ambas as crianças agora vão crescer num ambiente de amor e, quando estiverem com idade para compreender, seus pais vão explicar como eles foram concebidos.

Torna-se difícil imaginar o que poderia estar errado com esse uso da tecnologia da clonagem de humanos. Na verdade, com base num direito constitucionalmente protegido de reproduzir, é difícil imaginar como seria eticamente possível negar o uso da tecnologia - desde que seja considerada segura - ao casal nessa circunstância extremamente incomum.

A questão torna-se ainda mais complicada quando se trata de clonagem de adultos, como é possível perceber pela situação que se segue.

- *Terceira situação*: Elisa é uma mulher solteira que vive de seu trabalho e mora em um apartamento elegante. Concentrou quase todas as suas energias na carreira desde que se formou e tem crescido constantemente no mundo dos negócios. Em termos financeiros está tudo muito bem. Elisa teve relações afetivas com vários homens ao longo desses anos, mas nenhuma foi séria o bastante para que ela desistisse da sua vida de solteira.

No dia de seu aniversário de 35 anos, ela decide ter um filho. Elisa está bem ciente da lei federal que torna a clonagem ilegal. Mas ela decide fazer o que inúmeras outras mulheres em sua situação têm feito recentemente - tirar férias nas Ilhas Cayman, onde há uma grande clínica reprodutiva especializada em clonagem.

Como Elisa é uma mulher solteira saudável, não tem necessidade de outros participantes biológicos no processo de clonagem e consegue, desta forma, engravidar. Seu ginecologista e obstetra sabe que ela é solteira e não pergunta (assim como Elisa não conta) como começou a gravidez. Ela dá a luz a uma menina saudável. Raquel vai crescer da mesma maneira que as outras crianças da sua idade. De vez em quando, as pessoas irão comentar sobre a notável semelhança entre a criança e sua mãe. Elisa vai sorrir para elas e dizer: "Sim, ela tem minhas feições". E a conversa irá parar por aí.

Com essa situação poder-se-ia perguntar: quem é Raquel e quem seriam realmente seus pais? Não há dúvida de que Elisa é sua mãe de nascimento, já que Raquel nasceu de seu corpo. Mas Elisa não será a mãe genética de Raquel se for baseado nos significados tradicionais de pai e mãe. Em termos genéticos, Elisa e Raquel são irmãs gêmeas! Seus únicos dois avós também são seus pais genéticos. E, quando Raquel crescer e tiver seus próprios filhos, seus filhos também serão filhos de sua mãe. Assim, com um único ato de clonagem, seremos forçados a reconsiderar o significado de pais, filhos e irmãos, assim como o relacionamento desses indivíduos entre si.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vive-se em um momento de alta produção científica e tecnológica onde são realizadas descobertas inusitadas. A sociedade encontra-se em um momento de transição, de adaptações às novas exigências, forçando, como consequência, o Direito interno e internacional a se adequarem a tal realidade, sob pena de desconfigurar-se o real sentido de justiça.

A clonagem humana tem causado inflamadas discussões em todo o mundo, principalmente quando essa técnica, já empregada em bactérias, plantas e animais, passou a vislumbrar o ser humano.

O desenvolvimento da clonagem humana fará com que se atinja o limiar do pensamento humano, o que gerará uma modificação profunda nos paradigmas desenvolvidos até os dias atuais.

A verificação da clonagem no plano jurídico e ético deve ter em vista a principiologia que informa o biodireito e a bioética, assim como o ordenamento jurídico nacional e o internacional.

Considera-se que não pode o desenvolvimento da ciência ser prejudicado devido a preconceitos ou princípios anacrônicos sob os quais se revestem valores morais anacrônicos ou valores religiosos da sociedade. Deve-se observar que, ainda nos dias de hoje, há pessoas tão contrários ao desenvolvimento da ciência e à evolução social que proíbem o uso de preservativos para evitar doenças como a AIDS, assim como o uso de outros contraceptivos para se evitar uma gravidez indesejada, ao mesmo tempo em que são contrárias ao direito de o indivíduo recorrer a técnicas de fertilização in vitro para alcançar uma gravidez.

A clonagem humana reprodutiva deve ser analisada com cautela de modo a não gerar decisões precipitadas ou prejudiciais à sociedade e a princípios fundamentais. Além disso, a possibilidade da real clonagem de seres humanos é nova e tudo o que é novo sempre gera o medo. Medo de que sejam tomadas medidas radicais que proíbam o estudo da clonagem, impossibilitando a aquisição de conhecimentos que permitam um futuro mais digno. Medo de que cientistas e médicos inescrupulosos realizem experiências com seres humanos sem observarem o princípio do consentimento informado ou mesmo sem consciência de suas consequências. Medo de que a sociedade não possua discernimento para enxergar possibilidades benéficas e proíba absolutamente sua realização, como vem sendo feito. Medo de que determinados setores da sociedade restrinjam-se a seus interesses limitados e preconceituosos. Medo de que o interesse econômico da minoria prevaleça sobre o da maioria. Porém, só se está começando e resta um longo caminho a ser trilhado.

## REFERÊNCIAS

A ERA dos clones. Descobrir, São Paulo, n. 5, p. 23-25, 1990.

BONFIM, Danielle Cabral. *Clonagem: benefícios e riscos*. Rio de Janeiro: Interciência, 2005.

CRUZ, Ana Santa; TEICH, Daniel Hessel. O Próximo! *Veja*, São Paulo, n. 1713, p.126-132, 15 ago. 2001.

DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem: aspectos jurídicos e bioéticos: um enfoque constitucional para conhecer a nova realidade, entender o progresso tecnológico e científico, aplicado o Direito como mantenedor da ordem social*. São Paulo: Edipro, 1999.

DIEGUEZ, Flávio. A um passo da clonagem humana. *Gallieu*, Rio de Janeiro, ano 11, n. 123, p. 41-52, out. 2011.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Clonagem reprodutiva de seres humanos: análise e perspectivas jurídico-filosóficas à luz dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS JÚNIOR, Osmar; PROPATO, Valéria. No limiar da eternidade. *Isto É*, São Paulo, n. 1663, p. 76-82, ago. 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.1, n.2, p.134-142, jul. 1998.

NEWSCIENTIST. Special Report: *Cloning and Stem Cells*. Disponível em: <<http://www.newscientist.com/hottopics/cloning>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

PARK, Alice. *Dogged Pursuit*. Disponível em: <<http://www.time.com/time/archive/preview/0,10987,1129592,00.html>>. Acesso em 23 nov. 2005.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE; DE PAUL, Christian. *Problemas atuais de bioética*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coor.) *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da *Bioética ao Biodireito*. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2\\_2004/Docentes/PDF/Da%20bioetica%20ao%20biodireito](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2004/Docentes/PDF/Da%20bioetica%20ao%20biodireito)>. Acesso em 10 jul 2006.

SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SILVA JÚNIOR, César da; SASSON, Sezar. *Biologia 3: genética - evolução - ecologia - embriologia*. 6. ed. [s.l.]: [s.n.], 1991.

SILVER, Lee M. *De volta ao Éden engenharia genética, clonagem e o futuro das famílias*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Mercuryo, 2001.

#### **NOTAS DE FIM**

1 Mestre em Direito pela PUC/MG, Advogada, Professora Universitária, Professora no Unicentro Newton Paiva.

2 Sobre histórico ver: A ERA dos clones. *Descobrir*, São Paulo, n. 5, p. 23-25, 1990.; CRUZ, Ana Santa; TEICH, Daniel Hessel. O Próximo!. *Veja*, São Paulo, n. 1713, p.126-132, 15 ago. 2001.;

3 NEWSCIENTIST. Special Report: Cloning and Stem Cells. Disponível em: <<http://www.newscientist.com/hottopics/cloning>>. Acesso em: 02 nov. 2001.

4 ONU aprova resolução contra a clonagem humana.

# DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTES QUÍMICOS SOB A ÓTICA DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

STÉFANI CRISTINA DE SOUZA<sup>1</sup>  
CRISTIAN KIEFER DA SILVA<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho consiste em uma análise sistemática dos caracteres jurídicos, políticos e sociais que, na contemporaneidade, conformam um dos mecanismos centrais de atuação da Administração Pública brasileira voltada à efetivação dos Direitos Fundamentais, sobretudo, dos direitos sociais, econômicos e culturais: as políticas públicas. Nesse contexto, a internação compulsória de dependentes químicos tem sido promovida pelos estados brasileiros como uma aposta dos governos locais para a diminuição do índice de dependência química e, automaticamente, da criminalidade. A proposta visa acabar com os grandes centros de tráfico, consumo de drogas e meretrício, popularmente conhecidos como "cracolândias", utilizando o método que consiste em internar os toxicômanos em centros de recuperação de dependência química sem sua anuência, sequer de seus familiares. A Administração Pública vem adotando o procedimento de internação compulsória, previsto na Lei da Reforma Psiquiátrica, Lei nº 10.216/2001, por analogia, já que na referida lei não há previsão expressa de aplicação para dependentes de tóxicos, mas, tão somente, para portadores de transtorno mental grave. Neste contexto, o presente trabalho irá abordar os aspectos controversos e as possíveis consequências jurídicas acerca do procedimento de internação compulsória, que utiliza a Lei nº 10.216/2001 por analogia in malam partem aos dependentes químicos, sob a ótica constitucional de proteção às liberdades dos indivíduos (Neoconstitucionalismo).

**PALAVRAS-CHAVE:** Internação Compulsória; Lei da Reforma Psiquiátrica; Nova Ordem Constitucional.

**ABSTRACT:** This study consists of a systematic analysis of the legal, political and social characters that contemporarily, conform one of the central mechanisms of action of the Brazilian Public Administration focused on enforcement of Fundamental Rights, especially the social, economic and cultural rights: political public. In this context, compulsory hospitalization of drug addicts has been promoted by the Brazilian states as a bet of local governments to decrease the rate of chemical dependency and automatically crime. The proposal aimed at ending the great centers of trafficking, drug use and prostitution, popularly known as "cracolândias" using the method consisting in hospitalized drug addicts in rehabilitation centers, addiction without their consent, even their families. The government has adopted the procedure of compulsory hospitalization, under Law of Psychiatric Reform Law number 10.216/2001, by analogy, since in that law no express provision for applying for dependent toxic, but merely to carriers with severe mental illness. In this context, this paper will address the controversial aspects and about the possible legal consequences of the compulsory hospitalization procedure, which uses the Law number 10.216/2001 by analogy in malam partem for drug addicts under the perspective of constitutional protection to the liberties of individuals (Neoconstitutionalism).

**KEYWORDS:** Mandatory Detention; Law Reform Psychiatric; New Constitutional Order.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Breve Análise Histórica da Internação Compulsória no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 3 A Internação Compulsória e a Lei Nº 10.216/2001; 3.1 Os Destinatários da Lei; 3.2 Os Tipos de Internação Previstos e Seus Requisitos Legais; 3.3 A Finalidade Da Intervenção; 4 A Internação Compulsória sob a Ótica da Nova Ordem Constitucional; 4.1 A Dignidade da Pessoa Humana; 4.2 O Princípio da Legalidade; 4.3 O Direito Deambulatório; 5 Aspectos Relacionados à Criminalização das Condutas; 5.1 Vedação da Analogia In Malam Partem; 6 A Eficácia da Internação Compulsória de Toxicômanos; 7 Considerações Finais

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito Constitucional.

## 1 INTRODUÇÃO

A partir do século XX, o consumo de drogas aumentou exponencialmente no Brasil, gerando para as entidades estatais um dever de intervenção efetivo. Em decorrência de tal primordialidade, em março de 2012 começou a ser implantada nos estados membros brasileiros a proposta de política pública de internação compulsória temporária de viciados em drogas ilícitas e cujo estado de dependência estivesse demasiado grave.

A internação compulsória iniciou-se como uma aposta dos governos locais para a diminuição do índice de dependência química e, automaticamente, da criminalidade em determinadas regiões. Contudo, tal procedimento, como a própria denominação aponta, prescinde de consentimento do dependente

químico e de seus familiares, sendo previsto no ordenamento pátrio somente na Lei da Reforma Psiquiátrica, Lei nº 10.216/01, que não prevê, expressamente, sua aplicação para casos que não sejam de pessoas portadoras de transtorno mental grave.

Importante registrar que a administração pública, como fundamento legal para a prática da internação dos toxicômanos, vem aplicando a referida lei por analogia, o que é vedado tratando-se de leis restritivas de direitos, o que, pressupostamente, já aponta para a ilegalidade do procedimento.

A prática é passível, também, de ser declarada inconstitucional quando analisada sob a ótica do Estado Democrático de Direito em que vivemos. A Nova Ordem Constitucional, ou Neoconstitucionalismo, prega a limitação até da aplicação de

leis quando estas afrontam direitos fundamentais e axiomas de justiça (especialmente principiológicos).

Destarte, considerando que sob a égide da Nova Ordem Constitucional já é possível relativizar até a aplicação de lei, o que se dirá de uma aplicação analógica em prejuízo à pessoa humana e que, ainda por cima, viola os direitos de primeira dimensão/geração (civis e políticos, como os direitos de liberdade)?

O estudo do tema proposto é, portanto, relevante, já que arbitrariedades podem estar sendo cometidas pelo Estado ao utilizar a Lei nº 10.216/01 como instrumento de promover política de saúde pública em detrimento dos preceitos e dispositivos constitucionais.

## 2 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O surgimento da ideia de pacto social e estado civil foi, prima facie, obra do filósofo suíço Jean-Jacques Rousseau, em seu livro *Du contrat social ou Principes du droit politique* (1762). Nesta obra, o filósofo aponta que a necessidade de constituição de uma agregação social é inerente ao homem natural, que perde a capacidade de subsistência individual. Quando os homens passam a viver em forma coletiva torna-se imprescindível a figura de um “soberano”, responsável por defender e proteger os bens, direitos e interesses de todos os indivíduos na agregação.

Diversas filosofias e doutrinas, no decorrer dos anos, aprimoraram a ideia inicial de Rousseau, mas não a alteraram em sua essência. A figura do “soberano” se concretizou na ficção do Estado, que se organiza a fim de exercer o seu poder sobre os “súditos”, a sociedade. Com a evolução política e jurídica verificou-se a necessidade de restrição do poder do Estado, sendo-lhe impostos limites que não podem ser ultrapassados, sob pena de responsabilização.

O Brasil, como República Federativa, é regido pela Constituição Federal, pilar do ordenamento jurídico brasileiro e que dispõe a cerca da estrutura do Estado, dos Poderes e dos direitos fundamentais. A não observância, por qualquer dos entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios), dos dispositivos constantes no texto constitucional torna possível a insurgência do prejudicado contra o ato, questionando sua constitucionalidade.

A contextualização histórica supra foi tecida a fim de demonstrar que a ideia de que cabe ao Estado zelar pelo que convém ser o melhor aos seus súditos foi plantada no século XVI, pelo filósofo Rousseau, e enraizou-se desde então. Em decorrência disto, o Estado, muitas vezes, esquece-se de respeitar os limites impostos a sua atuação. São vários os princípios limitadores da atuação estatal, especialmente os denominados direitos de primeira dimensão, ou geração, que consiste no dever do Estado de respeitar os direitos individuais e políticos dos cidadãos.

Por serem repressores do poder estatal, os direitos fundamentais de primeira geração são reconhecidos como direitos negativos, liberdades negativas ou direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado (ALEXANDRINO, 2012, p. 102). Em outras palavras, o Estado assume uma obrigação de “não fazer”, ou seja, não intervir na esfera individual de seu súdito.

O direito da liberdade de ir e vir está abrangido nesta categoria de direitos fundamentais de primeira geração, cabendo ao Estado não restringi-lo, ressalvado os casos expressamente previstos (penas restritivas de liberdade, por exemplo).

Verifica-se a correlação direta entre o breve histórico tecido com o objeto do presente trabalho, a saber, a discussão acerca dos estados brasileiros promoverem a chamada internação compulsória dos dependentes químicos.

O estado de São Paulo, pioneiro da prática, desde a publicação da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001, que trouxe as figuras de internação voluntária, involuntária e compulsória, passou a discutir sobre a possibilidade de aplicação de tais internações também para toxicômanos. Os defensores da proposta argumentavam, segundo Luiz Loccoman, que um em cada dois dependentes químicos apresentava algum tipo de transtorno mental, como a depressão.

Tais argumentos são inquestionavelmente de cunho político. A finalidade colimada dos defensores da utilização da Lei nº 10.216/01 por analogia era revestir de uma aparente legalidade o que algumas autoridades já queriam há muito tempo, mas que lhes é vedado pela Constituição: restringir, de uma vez, a liberdade das pessoas que se encontram em estado de extrema dependência química de drogas ilícitas, tirando-as das ruas e privando-as do convívio social.

A medida, policialesca e simplista, é “vendida” pelas autoridades como uma forma de acabar com a dependência química. Pura ilusão. A mácula insanável é verificada no fato de que os governantes, agindo de tal forma, estão optando por um “caminho mais fácil”, mas sem efetividade a longo prazo. Ora, “varrer a poeira para debaixo do tapete”, passando para a sociedade uma imagem de “limpeza” do problema com as drogas, só manterá aparências, mas não trará solução.

Em 2011 a internação compulsória teve vários adeptos. Em São Paulo, a prática surgiu com a parceria do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Ministério Público estadual e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por meio de uma Comissão Antidrogas.

Há alguns estados que estão até apresentando projetos de lei estaduais para regular o procedimento. Em março de 2014, seguiu para sanção do governador de Goiás o projeto de lei estadual nº 549/12, que institui o *Sistema Estadual de Internação Compulsória de Dependentes Químicos*. No Rio de Janeiro, em 2013, foi aprovado projeto de lei mais tímido, prevendo a internação de dependentes químicos, desde que haja autorização da família. A Assembleia Legislativa excluiu do projeto o trecho que permitia os agentes de segurança pública também determinarem a internação de forma compulsória.

No estado de Minas Gerais também já foi implantada a referida política de internação compulsória para usuários de drogas desde 2012. Conforme o Conselho Regional de Psicologia de Minas Gerais, as informações da Secretaria de Saúde do estado apontam uma média mensal de quinze internações compulsórias.

Verifica-se que, inobstante a Lei nº 10.216 não ter sido publicada há mais que uma década, os estados brasileiros passaram a, efetivamente, implantar a prática da internação compulsória de 2011 em diante. Não é difícil imaginar o porquê da repentina aplicação da lei, por analogia, aos toxicômanos, afinal tais “*cracolândias*” mancham a imagem dos estados e, em vésperas de grandes eventos mundiais os “holofotes” estão direcionados para o Brasil.

Até o presente momento o assunto não tomou alarmantes repercussões nos Tribunais. Possivelmente, por pressões políticas, aguarda-se a “poeira baixar” para que seja dado o primeiro alarde sobre o assunto, que é tão delicado.

No mais, a reassunção do poder ilimitado do “Estado-soberano” em restringir a liberdade de ir e vir por meio da internação compulsória não atingiu a classe média e classe alta, mas, tão somente, a parte marginalizada da população. É possível que a arbitrariedade da prática perdure por vários anos.



### 3 A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA E A LEI Nº 10.216/2001

#### 3.1 Os Destinatários da Lei

Em 06 de abril de 2001, após longo processo de discussão e tramitação no Congresso Nacional (que se estendeu por cerca de um ano), foi promulgada a Lei 10.216/01, a lei da Reforma Psiquiátrica. Pelo texto da lei, é possível verificar que os legisladores objetivavam garantir a cidadania, o respeito e individualidade dos acometidos por transtorno mental, dispondo sobre as peculiaridades de cada caso de acordo com a gravidade do transtorno.

O doutrinador e magistrado Antônio Carlos Santoro Filho, ao promover uma síntese da evolução histórica do Direito brasileiro em relação aos transtornos mentais e seus portadores, afirma que:

*O novo diploma legal inverteu o sistema até então vigente, pois estabeleceu a excepcionalidade da internação, somente quando os recursos extra-hospitalares não se mostrassem suficientes; a proteção dos direitos do portador de transtorno mental contra abusos no tratamento; o reconhecimento do paciente como sujeito e titular de direitos; a preocupação com o melhor tratamento, e não apenas com a "segurança" social; a reinserção gradual do usuário do sistema de saúde mental. (FILHO, 2012, p. 13).*

O artigo 1º da Lei da Reforma Psiquiátrica não deixa dúvidas sobre quem são os destinatários da lei:

*Art. 1º Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra. (BRASIL, 2001).*

Pela leitura do dispositivo legal conclui-se que a lei se aplica a pessoas acometidas por doença mental, não tendo o legislador aberto margem para interpretação extensiva capaz de abranger dependentes químicos.

#### 3.2 Os Tipos de Internação Previstos e seus Requisitos Legais

A Lei nº 10.216/01 prevê três espécies de internação:

*Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.*

*Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:*

*I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;*

*II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro;*

*III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça. (BRASIL, 2001).*

A internação voluntária, também chamada de consentida, se dá com o consentimento do usuário que, para tanto, deverá assinar uma declaração de que optou por esse regime de tratamento (artigo 7º, caput), sob pena se ser considerada involuntária. "O término da internação voluntária dar-se-á por solicitação escrita do próprio paciente ou por determinação do médico assistente, quando constatada a desnecessidade de sua continuidade" (SANTORO FILHO, 2012, p. 41).

A internação involuntária se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de familiar ou responsável legal. Suas peculiaridades estão dispostas no artigo 8º da Lei:

*Art. 8º A internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento.*

*§ 1º A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta.*

*§ 2º O término da internação involuntária dar-se-á por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento. (BRASIL, 2001).*

Por fim, a internação compulsória, objeto do presente artigo, é aquela determinada pela Justiça, o que pressupõe a existência de um processo, de natureza civil ou criminal já em andamento, considerando que "ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988).

A internação compulsória está prevista no artigo 9º da Lei, cujo teor é bem mais sucinto do que o da internação involuntária:

*Art. 9º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários. (BRASIL, 2001).*

Nota-se que o artigo é omissivo quanto aos legitimados para a propositura, apontando, somente, que cabe ao juiz determiná-la. Segundo Santoro Filho (2012, p. 42) "pode ser postulada dos poderes públicos - Estado e Município - em demanda judicial, detendo legitimidade, para tanto, independentemente de decretação de interdição do internado [...] ou mesmo Ministério Público".

Inobstante a imprescindibilidade de laudo médico para a promoção de internação, no caso de internação compulsória de dependentes químicos o Tribunal de Justiça de São Paulo tem sido tão extremo que sequer anula o ato pela falta do requisito:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA Insurgência contra o indeferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida a fim de determinar a internação compulsória de pessoa portadora de perturbação mental decorrente de dependência química - Decisão fundamentada - Ausência dos requisitos autorizadores da medida - Ato de livre convicção do Magistrado - Não constatado caso de ilegalidade ou de abuso de poder - Internação compulsória é medida extrema, devendo a necessidade de seu deferimento estar amparado por provas concretas de risco à saúde do dependente químico e da segurança da família - Decisão mantida - Negado provimento ao recurso. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo nº 2021291-37.2014.8.26.0000. Agravante: José Carlos Oliveira. Agravados: Sheila Cristina Marcelino, Município De Limeira E Fazenda Pública Do Estado De São Paulo. Relator: Rubens Rihl. São Paulo, 03 de abril de 2014).*

O entendimento do citado doutrinador vem sendo aplicado não só nos casos de internação compulsória de deficientes mentais mas também tratando-se dos viciados. Como supramencionado, São Paulo, pioneiro da aplicação da lei para dependentes químicos, já tem jurisprudência sedimentada no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade ativa para solicitar a internação compulsória de toxicômanos:

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Internação de paciente dependente de substâncias químicas - Afastadas preliminares de ilegitimidade ativa do Ministério Público e ilegitimidade passiva ad causam do Município de Morro - Agudo Direito à saúde; dever do Estado, direito do povo - Art. 196 da Constituição da República, norma programática que não constitui promessa constitucional insequente (STF, 2ª T., AgRE 273834-4-RS, Rel. Min. Celso de Mello) - Ação julgada procedente - Sentença mantida - Recurso voluntário desprovido.*

*A necessidade de internação compulsória em clínica especializada para tratamento de drogadição é imprescindível para a recuperação do autor, conforme documento médico e estudo social. A pretensão encontra fundamento em dispositivos constitucionais, já que a internação do dependente de substâncias químicas é medida protetiva, que busca o adequado tratamento médico, para salvaguardar a saúde e à integridade física e mental, tendo como alicerce a dignidade da pessoa humana. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível nº 0002324-59.2010.8.26.0374. Apelante: Prefeitura Municipal De Morro Agudo. Apelado: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator: Ribeiro de Paula. São Paulo, 31 de agosto de 2011).*

Importante salientar que o caput do artigo 6º da Lei 10.216/01 prevê a indispensabilidade de laudo médico circunstanciado, que caracteriza seus motivos. Santoro Filho aponta, também, como requisito “[...] de qualquer internação a sua absoluta necessidade, ou seja, apenas será admissível quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (SANTORO FILHO, 2012, p. 36).

### 3.3 A Finalidade da Intervenção

A internação deve ser enxergada como medida excepcional, sendo indicada somente em hipóteses de perigo concreto, isto é, quando houver risco à integridade física, à vida, à saúde do próprio paciente ou terceiros (artigo 4º, Lei 10.216/01). Explica Santoro Filho que “[...] verificada a necessidade de internação, contudo, esta terá como finalidade permanente a cessação daquele estado de perigo e, em consequência, a reinserção social do paciente em seu meio”. (SANTORO FILHO, 2012, p. 35).

Em suma, a internação prevista na Lei de Reforma da Psiquiatria, como medida excepcional, é necessária somente até cessar as causas de perigo concreto, onde prevaleça a absoluta necessidade e quando as hipóteses dos demais recursos sejam insuficientes.

Nota-se que, no caso de internação compulsória de toxicômanos, a internação é feita inclusive em casos de pessoas que não representam perigo algum a sociedade. O Poder Público, nestes casos, utiliza o argumento de que há “imminente risco à vida ou a saúde do próprio dependente”. Observa-se, portanto, uma deturpação do instituto da internação, prevista na lei utilizada analogicamente.

## 4 A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA SOB A ÓTICA DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

A nova dogmática constitucional, inaugurada no Brasil com a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988, pós-ditadura militar, passou a centralizar a dignidade da pessoa humana como valor jurídico supremo. Em outras palavras, foi inaugurado um novo período de hermenêutica constitucional.

A principal característica do novo modelo de Estado de Direito, o Democrático, foi a exacerbada tutela de direitos fundamentais, ideia advinda do constitucionalismo francês. Além disso, a nova constituição trouxe mais efetividade aos instrumentos limitadores da atuação do Estado (habeas corpus, mandado de segurança etc.), dando mais efetividade à proteção dos novos axiomas da justiça.

Uadi Lammêgo Bulos define as principais características do neoconstitucionalismo como modelo axiológico de constituição normativa:

*[...] a constituição é marcada pela presença de princípios e de normas definidoras de direitos fundamentais; as normas e princípios constitucionais têm caráter material, positivando valores arraigados na comunidade, a exemplo da moral, dos costumes e dos hábitos (conteúdo axiológico); e as constituições também possuem denso conteúdo normativo, influenciando toda ordem jurídica e vinculando a atividade dos Poderes Públicos e dos particulares (eficácia horizontal dos direitos humanos). (BULOS, 2010, p. 81).*

Esta rematerialização da constituição passou a consagrar um extenso rol de direitos fundamentais. Dentre os tópicos constitucionais pertinentes ao tema destacam-se o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade e o da liberdade de ir e vir.

### 4.1 A Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988) não é definida no texto constitucional e, por ser um conceito amplo, a doutrina diverge em defini-la. A exigência enunciada por Immanuel Kant (1724-1804), em sua obra sobre o imperativo categórico, é utilizada pelos doutrinadores como ponto de partida em conceituá-la. “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio.” (SANTORO FILHO, 2012, p. 23).

Extrai-se, portanto, o conceito de dignidade humana da própria Constituição, observada como um todo. O respeito aos direitos e garantias fundamentais, por si só, sintetizam a condição de ser humano, exigindo do Poder Público e de terceiros uma respeitabilidade mínima.

Quando a análise do princípio fundamental em questão se mescla com a discussão acerca da internação compulsória dos dependentes químicos, os favoráveis à prática afirmam que os toxicômanos precisam ser internados justamente porque carecem de qualquer dignidade vivendo como vivem.

Dentre os simpatizantes da internação compulsória, encontra-se o criminalista e deputado estadual de São Paulo, Fernando Capez, que manifestou sua opinião em artigo na Folha de São Paulo:

*[...] Triunfantes em sua batalha na mente do jovem, os entorpecentes têm dragado vidas ainda incipientes ao abismo da dependência sem volta. Antecedidas, em regra, por um histórico de desprezo, maus-tratos, abandono, abuso sexual, comportamento omisso ou inadequado dos pais ou responsáveis, ou mesmo pela falta de perspectiva de projetos positivos, crianças e adolescentes perambulam pelas cracolândias da vida em busca de drogas baratas e mortais. Há uma dupla vitimização: do viciado, impelido pelo incontrolável desejo de consumo, que acaba por se tornar um delinquente, e dos inocentes, que por uma infelicidade cruzam seu caminho durante a ação criminosa. Nessa perspectiva, o uso indevido de drogas deve ser reconhecido como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade (lei nº 11.343/2006, art. 19, inciso I). A internação involuntária do dependente que perdeu sua capacidade de autodeterminação está autorizada pelo art. 6º, inciso II, da lei nº 10.216/2001 como meio de afastá-lo do ambiente nocivo e deletério em que convive. Tal internação é importante instrumento para sua reabilitação. Na rua, jamais se libertará da escravidão do vício. As alterações nos elementos cognitivo e volitivo retiram o livre-arbítrio. O dependente*

*necessita de socorro, não de uma consulta à sua opinião. A internação compulsória por ordem judicial pressupõe uma ação efetiva e decidida do Estado no sentido de aumentar as vagas em clínicas públicas criadas para esse fim, sob pena de o comando legal inserido na lei nº 10.216/2001 tornar-se letra morta. Espera-se que o poder público não se porte como um mero espectador, sob o cômodo argumento do respeito ao direito de ir e vir dos dependentes químicos, mas, antes, faça prevalecer seu direito à vida. (CAPEZ, 2011).*

Já os doutrinadores e instituições que se posicionam contra a internação compulsória de dependentes químicos alegam que utilizar-se de uma lei inespecífica para toxicômanos, por analogia, para interná-los é que constituiria violação à dignidade da pessoa humana, posto que restaria configurado desrespeito aos direitos individuais e a liberdade daqueles cidadãos.

Dentre as instituições contrárias à prática, está o Conselho Regional de Psicologia de São Paulo:

*A internação compulsória é uma política governamental que não se configura como cuidado, mas como uma violência do Estado à população;*

*A internação compulsória apenas contribui para a exclusão e o isolamento social sem trazer benefícios para o (a) usuário (a) de crack, álcool e outras drogas;*

*A internação compulsória como medida única e sensacionalista, é uma clara violação dos direitos e princípios da Reforma Psiquiátrica Antimanicomial.*

*Posicionamo-nos CONTRÁRIOS à Política de Internação Compulsória de usuários (as) de crack, álcool e outras drogas e reiteramos as razões para defender um tratamento COM LIBERDADE e DIGNIDADE:*

*[...] Todos tem direitos a informações claras sobre as diferentes possibilidades terapêuticas, a escolher outras formas de tratamento e liberdade de aceitar ou recusar a proposta oferecida;*

*[...] As chamadas "crackolândias" são efeitos da negligência pública e hipocrisia social. A população moradora destes locais não tem casa, não tem família, está numa situação dramática nas ruas. Precisamos contribuir para buscar uma solução, que não é a de recolhimento e isolamento por meio das corporações policiais;*

*A Internação Compulsória representa uma falsa ideia de solução mágica, que leva a sociedade a aceitar medidas sem a reflexão necessária [...]. (CONSELHO, 2014).*

*Com propriedade, os internados em tais circunstâncias ainda são "cidadãos", afinal, mesmo sendo dependentes e vivendo de forma precária, por conta de seu vício, não sofreram qualquer processo prévio apto a restringir-lhes a capacidade civil plena (uma interdição, por exemplo).*

#### **4.2 O Princípio da Legalidade**

A Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da legalidade do artigo 5º, inciso II: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Outrossim, é previsto no inciso XXXIX, do mesmo artigo, o princípio da legalidade no âmbito penal, mais relevante para a discussão sob comento. Prevê o dispositivo que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Referido dispositivo é responsável pela segurança jurídica em matéria criminal e consagra a regra do nullum crimen nulla poena sine praevia lege.

*De uma só vez, assegura tanto o princípio da legalidade (ou reserva legal), na medida em que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, como o princípio da anterioridade, visto que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (LENZA, 2010, p. 784).*

Como reiteradamente apontado, a Lei 10.216/01, em seu artigo 1º, aponta como destinatário do estatuto os portadores de transtorno mental. O vício em drogas não é transtorno mental. O viciado em crack, cocaína, maconha difere-se de um fumante por serem estas drogas ilícitas e o cigarro não mais. Poder-se-ia restringir a liberdade de um fumante sob o argumento de que põe em risco sua própria saúde e, por isso, deve ser considerado maluco?

A Lei específica sobre drogas ilícitas, usuários, traficantes etc., cujo bem jurídico tutelado também é a saúde pública, é a Lei nº 11.343/06. Nesta lei deixou de ser prevista a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário e portador para consumo próprio (artigo 28 da Lei nº 11.343/06).

Vigora, na doutrina, o posicionamento de que o artigo 28 da Lei de Drogas despenalizou a conduta de porte para consumo, mas manteve seu status de crime. Passou a ser previsto, como pena para o porte de drogas para consumo pessoal, a advertência, a prestação de serviços à comunidade e o comparecimento em programa ou curso educativo.

Preleciona Renato Brasileiro de Lima:

*Sem dúvida alguma, uma das principais novidades introduzidas pela Lei, nº 11.343/06 diz respeito à mudança da política criminal em relação ao usuário de drogas. Se, à época da vigência do art. 16 da Lei nº 6.368/76, o usuário de drogas estava sujeito a uma pena de detenção, de 6 meses a 2 anos, e pagamento de 20 a 50 dias -multa, com o advento da Lei nº 11.343/06, o preceito secundário do art. 28 passo a cominas as seguintes penas: advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.*

*Em substituição à linha repressiva adotada anteriormente, a nova Lei de Drogas afasta a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Trabalha-se, em síntese, com a premissa de que o melhor caminho é o da educação, e não o da prisão, que, nesse caso, traz poucos senão nenhum benefício à saúde do indivíduo. De mais a mais, é fato que a prisão de usuários não traz nenhum benefício à sociedade. A uma porque impede que a eles seja dispensada a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz para eventual dependência química. A duas porque a imposição de pena de prisão ao usuário faz com que este passe a conviver com agentes de crimes muito mais graves, o que pode funcionar como fator de profissionalização de criminosos. (BRASILEIRO, 2014, p. 686).*

Se a Lei nº 11.343/06, lei específica de drogas, não previu pena de restrição de liberdade aos dependentes químicos que consomem/portam para consumo, cabe interpretar a Lei da Reforma Psiquiátrica extensivamente para abrangê-los?

Nesses termos, convém transcrever as lições de Mirabete sobre o princípio nullum crimen, nulla sine praevia lege:

*[...] [o princípio da legalidade] assegura que não pode ser considerado crime o fato que não estiver previsto na lei e que não pode ser aplicada sanção penal que não aquela cominada abstratamente nessa regra jurídica. Ainda que o fato seja imoral, antissocial ou danoso, não há possibilidade de se imputar ao autor a prática de um crime ou aplicar-lhe uma sanção penal pela conduta praticada. (MIRABETE, 2008, p. 103).*

Inegavelmente tal prática afronta o princípio da legalidade, pois a internação compulsória de toxicômanos representaria uma "nova pena", atípica e mais severa do que as previstas na própria Lei de Drogas, já que restringe a liberdade de usuários que frequentam as "crackolândias".

#### 4.3 O DIREITO DEAMBULATORIAL

A liberdade é prevista constitucionalmente e não pode ser restringida, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas em lei, além de ser imprescindível a prévia instauração de um devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), garantindo à pessoa o contraditório e a ampla defesa.

O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, assevera que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Também há previsão do direito à liberdade no artigo 7º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário. "Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas."

A aplicação do procedimento estipulado na Lei 10.216/01, sob o fundamento de promover uma política de saúde pública, progride como afronta ao dispositivo constitucional citado, já que a lei só menciona, como destinatários da internação contra a vontade, os doentes mentais.

Igualmente, como há restrição de liberdade do cidadão, conclui-se ser passível de impetração de habeas corpus como instrumento assecuratório da tutela da liberdade ora restringida (HC repressivo) ou em iminência de acontecer (HC preventivo).

Prevê o texto constitucional, no seu artigo 5º, inciso LXVIII, que "conceder-se-á 'habeas-corpus' sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

Pelas razões que apontam para a inconstitucionalidade do procedimento de internação compulsória utilizando-se da Lei 10.216/01 por analogia in malam partem, inegavelmente o mandamus poderá ser impetrado.

O Superior Tribunal de Justiça já julgou habeas corpus sobre internações compulsórias de portadores de transtornos mentais, questionando o procedimento de internação da Lei 10.216/01. Na maioria dos resultados, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou não conhecia o writ, por verificar supressão de instância, ou denegava a ordem, relativizando a imprescindibilidade de prévios recursos extra-hospitalares:

*HABEAS CORPUS - AÇÃO CIVIL DE INTERDIÇÃO CUMULADA COM INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA - COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA SEGUNDA SEÇÃO - VERIFICAÇÃO - INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE PARECER MÉDICO E FUNDAMENTAÇÃO NA LEI 10.216/2001 - EXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE - EXIGÊNCIA DE SUBMETER O PACIENTE A RECURSOS EXTRA-HOSPITALARES ANTES DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO - DISPENSA EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS - EXAME DE PERICULOSIDADE E INEXISTÊNCIA DE CRIME IMPLICAM DILAÇÃO PROBATÓRIA - VEDAÇÃO PELA VIA DO PRESENTE REMÉDIO HEROICO - HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO PARA DENEGAR A ORDEM.*

*I - A questão jurídica relativa à possibilidade de internação compulsória, no âmbito da Ação Civil de Interdição, submete-se a julgamento perante os órgãos fracionários da Segunda Seção desta Corte;*

*II - A internação compulsória, qualquer que seja o estabelecimento escolhido ou indicado, deve ser, sempre que possível, evitada e somente empregada como último recurso, na defesa do internado e, secundariamente, da própria sociedade.*

*III - São modalidades de internação psiquiátrica: a voluntária, que é aquela que se dá a pedido ou com o consentimento do paciente (mediante declaração assinada no momento da internação); a involuntária, que é a que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e, por fim, a internação compulsória, determinada por ordem judicial.*

*IV - Não há constrangimento ilegal na imposição de internação compulsória, no âmbito da Ação de Interdição, desde que baseada em parecer médico e fundamentada na Lei 10.216/2001. Observância, na espécie.*

*V - O art. 4º da Lei nº 10.216/2001, fruto de uma concepção humanística, traduz modificação na forma de tratamento daqueles que são acometidos de transtornos mentais, evitando-se que se entregue, de plano, aquele, já doente, ao sistema de saúde mental.*

*VI - Todavia, a ressalva da parte final do art. 4º da Lei nº 10.216/2001, dispensa a aplicação dos recursos extra-hospitalares se houver demonstração efetiva da insuficiência de tais medidas. Hipótese dos autos, ocorrência de agressividade excessiva do paciente.*

*VII - A via estreita do habeas corpus não comporta dilação probatória, exame aprofundado de matéria fática ou nova valoração dos elementos de prova.*

*VIII - Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário conhecido para denegar a ordem.*

*(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 130155 / SP. Impetrante: Maria Fernanda Dos Santos Elias Maglio - Defensora Pública E Outro. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília: 14 de maio de 2010).*

Sobre o cabimento do writ, Eugênio Pacelli (2012, p. 935) é categórico ao afirmar que "dirige-se contra ato atentatório de liberdade. Para que se configure um ato atentatório ao direito de locomoção não é necessário que haja já uma ordem de prisão determinada [...]".

#### 5 ASPECTOS RELACIONADOS À CRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS

##### 5.1 Vedação da Analogia In Malam Partem

No Direito Penal vigora a inadmissibilidade de interpretações ampliativas, já que o princípio da reserva legal exige que os textos legais sejam interpretados sem ampliações ou equiparações por analogia, salvo quando in bonam partem, ou seja, quando trazem benefícios ao réu. Ainda, vige o aforismo poenalia sunt restringenda, ou seja, interpretam-se estritamente as disposições cominadoras de pena.

*É vedada, também, em decorrência do princípio da reserva legal, a aplicação da analogia in malam partem no direito penal incriminador, bem como a interpretação integrativa ou ampliativa. Ao contrário, devem ser interpretadas estritamente as disposições incriminadoras e cominadoras de pena. Exige o princípio da legalidade*

*dade que a lei defina abstratamente um fato, ou seja, uma conduta determinada, de modo que se possa reconhecer qual o comportamento considerado ilícito [...]*

*É vedado o uso dos costumes e analogia para punir alguém por um fato não previsto em lei, embora seja ele semelhante a outro por ela definido. Diga-se, também, que a lei penal somente é revogada por outra lei, não sendo idôneos para tal medida os costumes, as medidas provisórias, ou decretos etc. (MIRABETE, 2008, p. 104).*

A restrição da liberdade de um cidadão é assunto sério e não se justifica para a promoção de políticas de saúde pública, por mais que o vício em drogas ilícitas estejam fazendo-os viver de forma imoral, antissocial e danosa a sua saúde. É princípio básico do direito penal a vedação da analogia para prejudicar o réu e utilizando a Lei da Reforma Psiquiátrica desta forma estar-se-ia criando um novo tipo penal, não previsto na Lei de Drogas, cuja sanção seria a restrição da liberdade do sujeito.

A própria Lei nº 10.216/01 é clara em afirmar que a internação dos transtornados mentais é medida excepcional, que deve cessar quando o internado deixar de representar perigo a si e a terceiros. No caso de comparar da dependência química a transtornos mentais, em que momento o internado seria liberado? No momento em que seu anseio por tóxicos ilícitos acabassem? Quem determinaria o momento daquele ser solto?

A interpretação analógica é processo integrativo, que consiste em fazer aplicável a norma a um caso semelhante, mas não compreendido na letra nem no pensamento da lei (NAVARRETE, 1996, p. 416). Pela literalidade da Lei nº 10.216/01 percebe-se que o legislador não intentava destiná-la, também, aos usuários de drogas. Caso o fosse, seria expresso e as respostas às indagações acima estariam abarcadas.

Em suma, a analogia afronta o princípio da reserva legal (BITENCOURT, 2011, p. 176). Partindo da máxima de que a obediência às normas deve ser ampla, não há justificativa para o Estado sopesar as disposições constitucionais quando o achar conveniente.

Por mais deplorável que seja o estado de alguns toxicômanos que vagam pelas ruas e por mais que representem perigo, não cabe ao poder público dizer que a internação compulsória, procedimento sério de restrição de liberdade, cabe à pessoas não abarcadas na lei. Todos tem o direito a um procedimento prévio, seja de interdição ou outro específico, contando que previsto em lei e dotado das garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, Constituição Federal de 1988), ampla instrução, etc.

## **6 A EFICÁCIA DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE TOXICÔMANOS**

Alguns doutrinadores são veementes em duvidar da eficácia da internação compulsória de dependentes químicos. "O sistema penal é absolutamente incapaz de qualquer intervenção positiva sobre o viciado" (NILO apud LIMA, 2014); "O modelo coercitivo não dá certo. O dependente necessariamente tem que estar disposto a se tratar" (SILVEIRA FILHO apud LIMA, 2014); "A tudo, cabe acrescentar a mais que equivocada visão unidimensional, segundo a qual todo usuário de drogas é um doente, escravo da droga ou desviado. [...] para o usuário eventual, que se utiliza do entorpecente de forma módica, nada há de 'curar'" (TORON apud LIMA, 2014).

A mesma linha de pensamento, como supracitado, foi adotada pelo Conselho Regional de Psicologia de São Paulo, que é contra a prática, sob o argumento de que:

*[...] Sem um tratamento que inclua o apoio da família e a atenção psicossocial, o isolamento promovido pela internação compulsória é violento com a pessoa que já está debilitada pelo uso abusivo. Além disso, é uma medida que não tem efeito: dados de pesquisas comprovam que 98% dos (as) que são internados contra a sua vontade voltam ao uso e, conseqüentemente, são reinternados (as); [...]*

A pesquisa mencionada pelo Conselho de Psicologia foi realizada pelo professor e psiquiatra Dartiu Xavier da Silveira, coordenador do Programa de Orientação e Assistência a Dependentes da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Dartiu Silveira, convocado para falar em audiência pública da Comissão de Constituição de Justiça do Senado sobre o tema de drogas, apon-tou uma série de evidências médicas contrárias ao Projeto de Lei (37/2013), que intenta promover alterações na Lei de Drogas.

Contra as estatísticas, o Dr. Dráuzio Varella posiciona-se a favor da prática embasado em sua experiência empírica no tratamento de jovens dependentes em penitenciárias brasileiras:

*Tenho alguma experiência com internações compulsórias de usuários de crack. Infelizmente, não são internações preventivas em clínicas especializadas, mas em presídios, onde trancamos os que roubam para conseguir acesso à droga que os escravizou.*

*Na Penitenciária Feminina, atendo meninas presas na cracolândia. Por interferência da facção que impõe suas leis na maior parte das cadeias paulistas, é proibido fumar crack. Emagrecidas e exaustas, ao chegar, elas passam dois ou três dias dormindo, as companheiras precisam acordá-las para as refeições. Depois desse período, ficam agitadas por alguns dias, e voltam à normalidade.*

*Desde que o usuário não entre em contato com a droga, com alguém sob o efeito dela ou com os ambientes em que a consumia, é muito mais fácil ficar livre do crack do que do cigarro. A crise de abstinência insuportável que a cocaína provocaria é um mito.*

*Perdi a conta de quantas vezes as vi dar graças a Deus por ter vindo para a cadeia, porque se continuassem na vida que levavam estariam mortas. Jamais ouvi delas os argumentos usados pelos defensores do direito de fumar pedra até morrer, em nome do livre arbítrio.*

*Todas as experiências mundiais com a liberação de espaços públicos para o uso de drogas foram abandonadas, porque houve aumento da mortalidade.*

*A verdade é que ninguém conhece o melhor método para tratar a dependência de crack. Muito menos eu, apesar da convivência com dependentes dessa praga há mais de 20 anos.*

*A internação compulsória acabará com o problema? É evidente que não. Especialmente, se vier sem a criação de serviços ambulatoriais que ofereçam suporte psicológico e social para reintegrar o ex-usuário.*

*Se esperarmos avaliar a eficácia das internações pelo número dos que ficaram livres da droga para sempre, ficaremos frustrados: é preciso entender que as recaídas fazem parte intrínseca da enfermidade.*

Segundo as estatísticas colhidas da pesquisa realizada pela UNIFESP, onde 170 usuários de crack foram entrevistados, 62,3% gostariam de parar de usar a droga. Cerca de 47% re-

velaram que se submeteriam a um tratamento de dependência química, sendo que 18,8% destes gostariam de se submeter a um tratamento que permitisse apenas diminuir o consumo. O dado mais importante é que 34% manifestaram que aceitariam que o tratamento da dependência da droga envolvesse, ocasionalmente, uma internação involuntária.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização da Lei nº 10.216/01, de forma analógica, para promover a internação compulsória de dependentes químicos, afronta o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, FC/88) e a liberdade do indivíduo.

Trata-se, pois, de uma pena restritiva de liberdade não prevista na Lei de Drogas, nº 11.343/06, afinal, o fato de utilizarem substâncias entorpecentes de forma mais assídua e nas regiões chamadas “crackolândias” não os enquadram na hipótese do artigo 28 da citada lei? Seria uma punição aos que consomem mais.

O que o Poder Público visa, utilizando a Lei da Reforma Psiquiátrica analogicamente, é ter uma forma de restringir a liberdade daqueles toxicômanos, com uma falsa “roupagem de licitude”.

A regra para se internar uma pessoa com transtorno mental é a prévia instauração de um procedimento de interdição, onde restará demonstrado a perda de sua capacidade civil. Mas a Lei nº 10.216/01 prevê, excepcionalmente, a modalidade de internação compulsória quando houver risco concreto à vida do doente mental ou de terceiros.

Como visto, os Tribunais de Justiça, especialmente o TJSP, tem promovido a internação compulsória dos toxicômanos sob o argumento de que pessoas em nível extremo de dependência química, por corolário de seu vício, tem alguma doença mental, como depressão. Abre-se, portanto, o precedente de internação de qualquer pessoa acometida com depressão (que, no século XXI são várias).

A simples dedução de que “por serem drogados são doentes mentais” é inaceitável e não é argumento hábil para restringir a liberdade de alguém no atual Estado Democrático de Direito.

Inegavelmente as autoridades públicas e os governantes precisam unir esforços para combater o problema do consumo de drogas, que tem crescido exponencialmente no Brasil, especialmente nas grandes metrópoles. Inobstante tal necessidade, o ato deve ter respaldo legal. Não são admissíveis arbitrariedades do “Estado-soberano”. Afinal, hoje o Estado relativiza direitos fundamentais da sociedade marginalizada, amanhã poderá fazê-lo com os direitos de qualquer um.

De fato, há uma multiplicidade de causas que dão ensejo à alteração dos modelos estatais vigentes. No entanto, a principal razão que leva o Estado de Direito a se transformar no Estado Constitucional é a necessidade de uma atuação substancial do Estado na sociedade, com vistas a assegurar um mínimo de direitos para que cada indivíduo possa se tornar sujeito e, a partir da garantia de sua dignidade, exercer a sua cidadania.

Todavia, a própria carta Constitucional brasileira estabelece uma série de limites jurídicos, que funcionam como balizas para a atuação da Administração Pública, no sentido de evitar a omissão do administrador público para o atendimento dos escopos delineados pela Constituição. Pois bem, sem embargo disso, a partir da principiologia Constitucional, é possível o estabelecimento de outros mecanismos, tais como a vedação do retrocesso, que pode ser aplicada às ações políticas destinadas à concretização de Direitos Fundamentais, no sentido de que não pode o Estado reduzir os seus investimentos para o alcance dos seus fins constitucionais,

assim como a proibição da insuficiência, a qual determina que, embora os direitos sociais sejam objeto de uma eficácia progressiva no tempo, o Estado não pode deixar de realizar políticas públicas necessárias a assegurar a promoção mínima desses direitos, consoante os parâmetros estabelecidos constitucionalmente.

Cabe aqui salientar que se as autoridades enxergam a abstinência compulsória como umas das formas possíveis de política de saúde pública (inobstante as pesquisas universitárias mostrarem que não é meio eficaz de “livrar” o indivíduo do vício), é imprescindível a criação de um procedimento específico, por lei que EXPRESSAMENTE preveja serem seus destinatários aqueles usuários em nível avançado de dependência química.

A forma que, atualmente, vem sendo promovidas as internações compulsórias é inconstitucional e arbitrária. Não há legitimidade na atuação do ente estatal em restringir o direito ambulatorial dos dependentes utilizando a Lei nº 10.216/01.

Por fim, para a eficácia da internação compulsória, o Poder Público deve garantir que os toxicômanos sejam internados em casas de reabilitação específicas, que ofereçam todo o suporte psicológico e social para reintegrar o indivíduo, sem fazê-los se sentirem em uma prisão.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1998. Diário Oficial da União, 05 de out. de 1998.

BRASIL. *Lei nº 10.216*, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Diário Oficial da União, Brasília, 09 de abr. de 2001.

BRASIL. *Lei nº 11.434*, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de ago. de 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível nº 0002324-59.2010.8.26.0374. Apelante: Prefeitura Municipal De Morro Agudo. Apelado: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator: Ribeiro de Paula. São Paulo, 31 de ago. de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo nº 2021291-37.2014.8.26.0000. Agravante: José Carlos Oliveira. Agravados: Sheila Cristina Marcelino, Município De Limeira E Fazenda Pública Do Estado De São Paulo. Relator: Rubens Rihl. São Paulo, 03 de abr. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 130155 / SP. Impetrante: Maria Fernanda Dos Santos Elias Maglio - Defensora Pública E Outro. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília: 14 de maio de 2010.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31063-34052-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Drogas: internação compulsória e educação*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1907201108.htm>>. Acesso em: 18 de abr. de 2014.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DE MINAS GERAIS. *Internação Compulsória*. Disponível em: <<http://www.crpmg.org.br/GeraConteudo.asp?materialID=2948>>. Acesso em: 18 de abr. de 2014.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DE SÃO PAULO. *Internação Compulsória*. Disponível em: <[http://www.crpsp.org.br/PORTAL/comunicacao/artes-graficas/internacao\\_compulsoria/internacao\\_compulsoria\\_verso.pdf](http://www.crpsp.org.br/PORTAL/comunicacao/artes-graficas/internacao_compulsoria/internacao_compulsoria_verso.pdf)>. Acesso em: 18 de abr. de 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 3 ed. São Paulo: Atlas.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodium, 2014.

LIMA, Flávio Augusto Fontes de. *Justiça Terapêutica*. In: SEMINÁRIO DROGAS: UMA PROBLEMÁTICA MULTIDISCIPLINAR. 2014, Aracaju. Disponível em: <<http://www.intranet.mp.se.gov.br/gec/userfiles/file/Apresentacao%20C3%A7%C3%A3o%20-%20Dr.%20Fl%C3%A1vio%20A.%20Fontes%20de%20Lima.pdf>>. Acesso em: 19 de abril de 2014.

LOCCOMAN, Luiz. *A polémica da internação compulsória*. Disponível em: <[http://www2.uol.com.br/vivermente/artigos/a\\_polemica\\_da\\_internacao\\_compulsoria.html](http://www2.uol.com.br/vivermente/artigos/a_polemica_da_internacao_compulsoria.html)>. Acesso em: 18 de abr. de 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2000.

NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho Penal: fundamentos científicos Del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 8 ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou Principes du droit politique*. Disponível em: <<http://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/o-contrato-social.pdf>>. Acesso em: 18 de abr. de 2014.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Direito e Saúde Mental: à luz da Lei 10.216 de 06 de abril de 2001*. São Paulo: Verlu Editora, 2012.

SILVEIRA, Dartiu Xavier da. *Debate sobre o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas e as condições de atenção aos usuários*. 2013, Brasília. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=8\\_zUTGgLOvY](https://www.youtube.com/watch?v=8_zUTGgLOvY)>. Acesso em: 18 de abr. de 2014.

VARELLA, Dráuzio. *Internação Compulsória*. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/internacao-compulsoria-2/>>. Acesso em: 19 de abr. de 2014.

## NOTAS DE FIM

1 Graduanda em Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

2 Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Processo Civil Aplicado pelo CEAJUFE/IEJA. Bacharel em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Professor Assistente e Pesquisador em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Auxiliar e Pesquisador em Direito da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor Assistente e Pesquisador em Direito do Centro Universitário UNA. Professor Adjunto e Pesquisador em Direito da Faculdade de Minas (FAMINAS-BH). Membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Membro da Associação Brasileira de Sociologia do Direito e Filosofia do Direito (ABRAFI). Integrante dos Grupos de Pesquisas: Direito, Constituição e Processo "Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior" e Direito, Sociedade e Modernidade "Professora Doutora Rita de Cássia Fazzi".

# CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA VIA PREGÃO: ESTUDO SOBRE A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE LICITAR OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA POR MEIO DA MODALIDADE PREGÃO

GUSTAVO HENRIQUE CAMPOS DOS SANTOS<sup>1</sup>

JOSIANE VIDAL VIMIEIRO<sup>2</sup>

BERNARDO ALVES MORAES DE SOUZA<sup>3</sup>

**RESUMO:** Na busca por maior agilidade e celeridade nas contratações públicas, o legislador instituiu, em 2000, uma sexta modalidade licitatória, o pregão. O procedimento tornou-se responsável por resultados satisfatórios em relação aos valores contratados, acarretando economia para os cofres públicos. Atraídos pelos benefícios do pregão, muitos gestores, por meio de interpretações que elasticem sua aplicabilidade, vem utilizando a modalidade para contratações de obras e serviços de engenharia, responsáveis por boa parte dos gastos públicos anualmente. À luz das normas que disciplinam o instituto, o estudo faz uma análise jurídica sobre a possibilidade de contratar obras e serviços de engenharia por meio do pregão. Como resultado, baseado na doutrina e jurisprudências apresentadas, defende-se a possibilidade de contratação de serviços de engenharia via pregão, sendo excluídas de sua aplicabilidade as obras.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pregão; licitação; obras; serviços de engenharia.

**ABSTRACT:** In the search for greater agility and speed in public contracts, the legislature establishing, in 2000, a sixth bidding modality, the trading session. The procedure became responsible for satisfactory results in relation to contracted amounts, resulting in savings for the public purse. Attracted by the benefits of trading, many managers through interpretations that increase its applicability, has been using the method for contracting works and engineering services, responsible for much of public spending annually. In the light of the rules governing the institute, the study makes a legal analysis of the possibility of contracting works and engineering services through trading. As a result, based on the doctrine and jurisprudence presented, we argue the possibility of hiring engineering services via trading, being excluded from the applicability of his works.

**KEYWORDS:** Trading; bidding; works; engineering services.

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – Pregão como Modalidade nas Compras do Setor Público; 3 – Bens e Serviços Comuns; 4 – Obras e Serviço de Engenharia; 5 – Contratação de Obras e Serviços de Engenharia Via Pregão; 6 – Considerações Finais.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito Administrativo.

## 1 INTRODUÇÃO

Qualquer atividade pública requer materiais e suprimentos com os quais possa ser desempenhada. As compras do setor público devem ser consideradas função diretiva, de tão vital importância para o bom êxito do governo, quanto, por exemplo, à prestação de políticas públicas ao cidadão ou arrecadação fiscal.

A importância do setor de compras governamentais pode ser aferida pelo volume de recursos despendidos na contratação de bens, serviços e obras. Em Minas Gerais, de acordo com dados do armazém – SIAD (Sistema Integrado de Administração de Materiais), os valores relativos às compras giraram em torno de R\$ 7,2 bilhões em 2013<sup>4</sup>.

Para que tais gastos ocorressem de modo mais transparente e responsável para o cidadão, a Lei de Licitações<sup>5</sup> foi editada. Tal norma disciplina o procedimento licitatório, cuja observância é indispensável às aquisições do setor público em âmbito nacional, surgindo como meio para margear o âmbito de discricionariedade do servidor.

Alguns anos mais tarde, buscando fornecer maior agilidade e celeridade às contratações públicas, o legislador instituiu uma sexta modalidade licitatória<sup>6</sup>, o pregão<sup>7</sup>. O procedimento do pregão tornou-se responsável por melhores desempenhos em termos de resultados satisfatórios, otimização de preços e economia para os cofres públicos.

Administradores públicos, na defesa de uma gestão pública mais eficiente e imbuídos pelo espírito da boa-fé, viram-se atraídos a utilizar a prática do pregão, por meio de interpretações da Lei que elasticassem a aplicabilidade da modalidade, para contratações de obras e serviços de engenharia, responsáveis pela utilização de grande parte dos recursos públicos.

Assim, passados mais de 10 anos da instituição da modalidade, iremos dedicar o presente artigo a analisar o atual entendimento relacionado à questão proposta: *Obras e Serviços de Engenharia podem ser objeto de Pregão?*

## 2 PREGÃO COMO MODALIDADE NAS COMPRAS DO SETOR PÚBLICO

Pela Medida Provisória N.º 2.026/00 foi criado o pregão, como nova modalidade de licitação, apenas no âmbito da União. Os demais entes foram contemplados somente com a edição da Lei N.º 10.520<sup>8</sup>, de 17 de junho de 2002, que dispõe que esta modalidade seja empregada na aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento ocorra por meio de propostas e lances em sessão pública. Por fim, o Decreto n.º 5.450, de 31 de maio de 2005, regulamentou o *pregão eletrônico* para a União.

O Estado de Minas Gerais, como forma de ambientar a legislação geral às peculiaridades locais, respeitados os princípios e re-



gras do instituto, adotou a modalidade por meio da Lei nº 14.167<sup>o</sup>, em 10 de janeiro de 2002. Atualmente, o diploma legal está regulamentado pelo Decreto nº 44.786, de 18 de abril de 2008.

A modalidade do pregão é marcada pela simplificação e celeridade dos procedimentos, resultando em ganhos financeiros para a Administração Pública, contribuindo com o alcance das metas de ajuste fiscal, que têm sido perseguidas pelos atuais gestores, face ao quadro sócio-econômico atual do país.

Ao contrário das demais modalidades, o pregão é restritivo, somente pode ser utilizado para aquisição de bens e serviços comuns, e não há escala de valores para sua adoção. Desta forma, o critério de utilização é a qualitativo e não quantitativo.

Quanto ao seu procedimento, podemos apontar três características peculiares. A primeira é a *inversão das fases de habilitação e julgamento*. Somente é examinada a documentação de habilitação do licitante que tiver apresentado o melhor lance. Com isso, elimina-se o trabalho desnecessário dos pregoeiros e equipes de apoio na análise de documentação de todos os participantes, o que gera enorme gasto de tempo. Outra característica é a presença de uma sessão de lances, o que permite aos participantes que tiveram suas propostas inicialmente aceitas reduzam os preços cotados, o que acarreta economia em relação ao preço orçado para a contratação. Por fim, a fase recursal é única, ao final da sessão do pregão, diferente das demais modalidades, que preveem a manifestação da intenção de recorrer após as fases de habilitação e julgamento da proposta.

A forma de disputa, conforme citado, se dá na redução constante dos preços pelos licitantes, por meio de envio de lances, como forma de alcance da proposta mais vantajosa para Administração. O pregão é frequentemente confundido com o leilão, sendo considerado como "leilão às avessas" pelo fato de vencer aquele que ofertar o menor valor à Administração.

Por fim, quanto ao universo de participantes, na forma presencial podem participar qualquer pessoa independente de inscrição em cadastro, uma vez que o credenciamento dos licitantes ocorre na sessão pública, junto ao pregoeiro. Na forma eletrônica, é necessário credenciamento prévio dos licitantes nos portais de compras públicas, a fim de fornecimento de senha de acesso às salas virtuais onde ocorrem os certames.

### 3 BENS E SERVIÇOS COMUNS

Diferente das modalidades estabelecidas pela Lei nº 8.666/93, cujo critério de aplicação é o valor estimado para a contratação, o pregão é restrito às aquisições de *bens e serviços comuns independente do preço orçado para a contratação*. Convém verificar o que a norma dispõe sobre o âmbito de aplicação da modalidade.

A Lei nº. 10.520/02 traz no parágrafo único do art. 1º a seguinte definição:

*Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.*

*Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (BRASIL, 2002).*

Do mesmo modo, a norma mineira estabeleceu igual definição nos arts. 1º e 2º da Lei Estadual nº 14.167/02.

O legislador tentou estabelecer sentido para a expressão "bens e serviços comuns", a fim de compatibilizá-la com o instituto do pregão. A insuficiência da definição fez com que a doutrina do Direito Administrativo buscasse uma melhor conceituação da expressão.

Ao comentar sobre a definição da Lei nº 10.520/02, Marçal Justen Filho traz a seguinte lição:

*Essa definição é pouco útil porque todos os bens e serviços licitados podem e devem ser objetivamente definidos no edital e sempre mediante especificações usuais no mercado. (...) Em suma, o objeto comum é aquele disponível no mercado a qualquer tempo, cuja configuração e características são padronizadas pela própria atividade empresarial. (...) Em síntese, o pregão foi concebido como um procedimento licitatório em que exista essencialmente competição sobre preços e em que não existam (por serem desnecessárias) disputas sobre capacitação do sujeito para executar o objeto nem sobre a qualidade do produto ofertado (JUSTEN FILHO, 2009, p. 391).*

Neste mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles comenta a citada definição da seguinte forma:

*O conceito legal é insuficiente, visto que, a rigor, todos os bens licitados devem ser objetivamente definidos, em descrição sucinta e clara (Lei 8.666/93, art. 40, I). O que caracteriza os bens e serviços comuns é a sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência. (...) O essencial é que o objeto licitado possa ser definido por meio de especificações usuais no mercado, o que não impede a exigência de requisitos mínimos de qualidade, como acontece, por exemplo, com o denominado material de escritório (MEIRELLES, 2007, p. 325).*

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, numa perspectiva mais abrangente da norma, afirma que o conceito de bens e serviços comuns deve ser:

- a) genérico, abrangendo qualquer tipo de objeto seja manufaturado, industrializado, com funcionamento mecânico, elétrico, eletrônico, nacional, importado, de elevado preço, pronto ou sob encomenda. Também abrange qualquer tipo de serviço profissional, técnico ou especializado;*
- b) dinâmico, pois depende de o mercado ser capaz de identificar especificações usuais;*
- c) relativo, pois depende do conhecimento do mercado e do grau de capacidade técnica dos seus agentes para identificar o objeto (FERNANDES, 2006, p. 461).*

Marcelo Palavéri, além de definir a expressão "comum", demonstra não se tratar de sinônimo de "simples":

*"Comum", a nosso ver, está na lei para caracterizar bens e serviços conhecidos de forma inquestionável e obtidos com facilidade pelo mercado, que sigam padrões usuais de especificação ou execução. São bens e serviços, também, que já estão enraizados no hábito da administração, fazendo parte do dia-a-dia dos órgãos públicos, podendo se dizer que assim se caracteriza a maioria dos objetos classificados como material de consumo. (...) Anote-se, ainda, que "comum" não é sinônimo necessário de "simples", como pode à primeira vista parecer. "Simples" é antagônico de "complexo", e não se pode dizer que um bem ou serviço complexo não possa ser comum. Isso será possível quando a referida complexidade for facilmente encontrável no mercado, for usual e difundida de tal forma que tecnicamente seja de domínio amplo (PALAVÉRI, 2007, p. 55-56).*

Com efeito, a definição do que seja comum deve ser interpretado caso a caso, a bem do interesse público, por que se trata de *termo indeterminado*. Um bem ou serviço será classificado como comum após ser verificado o caso concreto.

É importante destacar que tal classificação não é uma situação que envolve competência discricionária do agente público. Desta forma, não está a Administração autorizada aplicar ou não a modalidade pregão na ocorrência de bem e serviço comum. O art. 2º do Decreto nº. 44.786/08 é taxativo e não deixa espaço para a discricionariedade:

*Art. 2º Ressalvadas as hipóteses previstas em lei, a aquisição de bens e de serviços comuns será precedida, obrigatoriamente, de licitação pública na modalidade de pregão, preferencialmente eletrônico, nos termos do art. 4º da Lei nº 14.167, de 10 de janeiro de 2002 (MINAS GERAIS, 2008).*

O anexo do Decreto nº. 44.786/08 exemplifica alguns bens e serviços comuns. A Lei nº. 10.520/02 não exige que a discriminação de bens e serviços comuns conste em regulamento, deixando a decisão sobre a classificação ao julgamento do Administrador. Apesar disso, o Anexo II do Decreto Federal nº. 3.555/00 também trazia exemplos até ser revogado pelo Decreto nº. 7.174/2010.

Tais listas devem ser vistas como referência para os administradores, sendo, portanto, meramente exemplificativas. Ou seja, não estão impedidos de serem adquiridos, via pregão, outros tipos de bens e serviços comuns não lembrados pelo legislador na confecção dos referidos anexos.

#### 4 OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

Boa parte dos orçamentos públicos são utilizados com contratações de obras e serviços de engenharia. Tal fato foi fundamental para o surgimento da Lei de Licitações, acrescido de um contexto marcado por desvio de recursos dos cofres públicos. Vide as acusações ao Governo Collor e o escândalo dos anões do orçamento. Desta maneira, tamanha foi preocupação do legislador em editar a Lei nº. 8.666/93.

A definição legal de “obras e serviços” é encontrada no art. 6º, incisos I e II, da Lei de Licitações, senão vejamos:

*Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:*

*I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;*

*II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais (BRASIL, 1993).*

Apesar da Lei de Licitações ser exaustiva na proteção das contratações em relação aos abusos de licitantes e agentes públicos tendenciosos, a norma deixou superficial e genérico a definição legal de serviços, justamente contratação que consome grande parte os recursos públicos. Resta-nos buscar na doutrina melhor definição para o que seriam os serviços de engenharia.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2006, p. 477-478), define serviços de engenharia como aqueles que:

*a) nos termos da lei que regulamentou a profissão, estiverem elencados entre os que, para sua execução, dependam de profissional registrado no CREA;*

*b) a atividade de engenheiro for predominante em complexidade e custo. Desse modo pode ocorrer que, em determinada atividade, para um serviço se exija profissional de engenharia, mas sua participação no contexto global da atividade venha a ser mínima. Logo, o serviço não deve ser classificado como de engenharia (FERNANDES, 2006, p. 477-478).*

Fernanda Alves Andrade (2007, p. 65) define os serviços de engenharia como “aqueles que, para sua execução necessitam de acompanhamento e direcionamento dados por profissional especializado no assunto, ou seja, engenheiro”.

O Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA) editou a Resolução nº. 218, de 29 de junho de 1973, regulamentando as atribuições exclusivas de profissional de engenharia. Conforme art. 1º, podemos destacar exemplos de atividades que dão ideia de atividades atribuídas a engenheiros:

*Art. 1º - Para efeito de fiscalização do exercício profissional correspondente às diferentes modalidades da Engenharia, Arquitetura e Agronomia em nível superior e em nível médio, ficam designadas as seguintes atividades:*

*(...)*

*Atividade 05 - Direção de obra e serviço técnico;*

*(...)*

*Atividade 11 - Execução de obra e serviço técnico;*

*Atividade 12 - Fiscalização de obra e serviço técnico;*

*(...)*

*Atividade 15 - Condução de equipe de instalação, montagem, operação, reparo ou manutenção (BRASIL, 1973).*

Samuel Mota de Souza Reis também exemplifica o que seriam serviços de engenharia:

*(...) em sentido estrito, serviços de engenharia são as atividades de planejamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária; estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica; ensino, pesquisa, experimentação, e ensaios; fiscalização de obras e serviços técnicos; direção de obras e serviços técnicos; execução de obras e serviços técnicos; produção técnica especializada, industrial ou agropecuária, conforme disciplina o art. 7º da Lei nº 5.194/66 (REIS, 2004, p. 9).*

Tendo como base as definições, bem como exemplos apresentados, e sabendo que a aplicabilidade do pregão refere-se a bens e serviços comuns, a grande dificuldade do aplicador da norma reflete possibilidade jurídica de utilizar a modalidade para contratação de obras e serviços de engenharia. Ou seja, estaríamos aproveitando os benefícios comprovados na utilização do pregão, sejam econômicos ou procedimentais, em contratações que representam grande parte dos orçamentos públicos.

#### 5 CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA VIA PREGÃO

A Lei nº. 10.520/00 não exclui da sua abrangência qualquer espécie de contratação, dispondo apenas que a aplicabilidade do pregão refere-se somente a bens e serviços comuns. Os anexos dos Decretos nº. 3.555/00 e nº. 44.786/08 são exemplificativos aos agentes públicos e não podem ser considerados *numerus clausus*. Dessa forma, como todo termo indeterminado, a classificação de bem ou serviço comum deve ser feita caso a caso.

Por outro lado, a norma regulamentadora é que exclui a utilização do pregão para obras e serviços de engenharia. O Decreto nº. 3.555/00, em seu art. 5º do Anexo I, traz a seguinte disposição:

*Art. 5º A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração (BRASIL, 2000).*

No âmbito do Estado de Minas Gerais, o Decreto nº. 44.786/08, no art. 3º, regulamenta o tema permitindo a contratação de serviços de engenharia, via pregão, desde que enquadrados na classificação de serviços comuns. No entanto, veda a contratação de obras pela modalidade, senão vejamos:

*Art. 3º Pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou pela prestação de serviços comuns é feita por meio de proposta escrita, permitindo-se aos licitantes a alteração dos preços por meio de lances verbais ou eletrônicos, em sessão pública.*

*§ 1º Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no objeto do edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado, tais como os exemplificados no Anexo.*

*§ 2º Atendido o disposto no § 1º, o pregão poderá ser utilizado: I - nas contratações de serviço de engenharia comum, mesmo que se exija profissional registrado no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA para execução;*

*(...)*

*§ 3º A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras regidas pela legislação específica, e igualmente às locações imobiliárias e alienações em geral (MINAS GERAIS, 2008).*

Diante das considerações traçadas, questionam-se os seguintes temas: primeiramente, as contratações de obras e serviços de engenharia podem ser realizadas por meio do pregão? Sabendo que a compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e não havendo restrição na Lei nº. 10.520/02, podem as normas regulamentares impedir a contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão? Qual é o entendimento jurisprudencial sobre o tema?

Conforme ensina os ditames fundamentais do Direito, em decorrência do princípio da legalidade, somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações às pessoas. Alexandre de Moraes, neste sentido, esclarece:

*(...) a Constituição Federal, apesar de exigir edição de lei formal, permite que esta fixe tão-somente parâmetros de atuação para o órgão administrativo, que poderá complementá-la por ato infralegal, sempre, porém, respeitados os limites ou requisitos estabelecidos pela legislação (MORAES, 2005, p. 37).*

Neste aspecto, qualquer decreto não teria força para criar proibição contrária ao disposto em lei, mas sim possuem a função de regulamentar a execução e concretização do ordenamento legal.

Há de se concordar com Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que não defende a utilização da modalidade pregão para a contratação de obras, uma vez que o pregão é utilizado apenas para aquisições de bens ou serviços comuns (e não obras comuns). O professor faz a seguinte conclusão quanto ao tema:

*Com efeito, a Lei nº. 10.520/2002, que substitui a MP, não veda a contratação de serviços de engenharia pela modalidade pregão, mas sim estabelece um critério distinto: o de que sejam serviços comuns. O que permite concluir que se admite a contratação de serviços de engenharia por pregão, desde que sejam serviços comuns.*

Desse modo, a solução da questão principal – licitar obras e serviços de engenharia por pregão – é antecedida por outra: o serviço é comum (FERNANDES, 2008, p. 30).

Fernanda Alves Andrade, na mesma linha de raciocínio, esclarece sobre a possibilidade de licitar serviços de engenharia via pregão:

*É comum – como visto – é trivial, vulgar. Como se vê, o conceito está ligado à margem de conhecimento (kwon how) acerca do produto ou do serviço. Se a técnica é de domínio trivial, pode-se considerá-la como comum. Ora, engenheiro há bastante e serviços os há que têm vasta camada de ofertantes no mercado, ainda que demandem acompanhamento de profissionais especializados. Desta forma, não há como deixar de conceber a existência de 'serviços comuns de engenharia'.*

*(...)*

*O Decreto nº. 3.555/00, em princípio, regulamenta a Medida Provisória nº. 2.026/00 e suas sucessivas reedições. Posteriormente, com a publicação da Lei nº. 10.520/02, este decreto foi por ela recepcionado. Mas o decreto somente pode ser recepcionado naquilo em que for compatível com as disposições da lei ordinária. Tudo aquilo que for contrário ou que exceder as disposições da Lei nº. 10.520/02 no texto do regulamento deve ser tido por não escrito.*

*(...)*

*Assim, os serviços de engenharia que se enquadrem na classificação de comuns podem ser licitados por aquela forma (ANDRADE, 2007, p. 65-66).*

Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões e Adriano de Souza Maltarollo, ao defenderem o uso da modalidade pregão para contratação de obras comuns (que nada mais são do que um tipo de serviço de engenharia), afirmam que o agente público deve-se pautar pelo senso técnico-jurídico arrazoado de quem tem o dever de olhar para a Lei como quem olha para um instrumento de atendimento ao interesse público, decidindo pela interpretação mais cabível. Ensinam-nos, ainda, sobre a contratação de obras e serviços de engenharia via pregão:

*O sentido expresso que consta na Lei do Pregão aponta para permissão de uso da modalidade – de onde Decreto do Executivo até extrapola para sua obrigatoriedade – para bens e serviços comuns. Mais uma vez, não há qualquer vedação à utilização do pregão para a contratação de obras. A despeito de se manter uma interpretação subsidiária e paralela entre a Lei do Pregão e a Lei de Licitações, poder-se-ia falar na contratação de obras tidas como Obras Comuns, termo até então não utilizado na literatura. Estariam aí compreendidos todos empreendimentos da construção civil cujos padrões de desempenho e qualidade pudessem ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. (...) apenas quando envolverem inauguração de edificações em terreno vazio ou terra nua e, portanto, caracterizarem-se como construção, obras não poderão ser enquadradas como serviço de engenharia. (...) serviço de engenharia é serviço comum quando o Administrador, diante do caso concreto, justificar que seja possível tal enquadramento, à luz da previsão legal do art. 1º da Lei do Pregão (SIMÕES & MALTAROLLO, 2007, p. 13-22).*

Silvio Freire de Moraes, Secretário-Geral do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, na mesma linha de pensamento, comenta:

*iv) Compreendidos no gênero serviços de engenharia tanto os serviços comuns, quanto os não-comuns, poderíamos extrair do texto, com amparo na técnica de interpretação conforme a constituição, a única significação normativa harmônica com a Carta Magna, vale dizer, um sentido exegético que permita a realização da modalidade pregão para os serviços de engenharia comuns.*

*v) Os serviços de engenharia comuns terão como único balizamento o enquadramento na hipótese prevista no parágrafo único do art. 1º da Lei do pregão, ou seja, a possibilidade da definição objetiva*

*no edital dos padrões de desempenho e qualidade dos serviços – de engenharia comum – a ser contratado, por meio de especificações usuais no mercado.*

*vi) Serviço comum não é sinônimo de serviço simples e tampouco tem significado oposto a serviço complexo. Em outros termos, os serviços de engenharia poderão ser complexos e comuns, ou simples e comuns, mas não poderão evidentemente ser complexos e simples ao mesmo tempo. Sendo comum poderá ser licitado por pregão (MOARES, 2008, p. 15-16).*

O tema foi enfrentado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em algumas ocasiões, que foram fundamentais para construção de jurisprudência sobre o assunto.

Em Decisão nº. 195/2002 – Plenário, o Ministro Relator Benjamin Zymler orientou que a autoridade se abstinhasse de licitar serviços de engenharia por meio do pregão. A questão tratava da possibilidade de os serviços de impermeabilização e recuperação do bloco “c” da esplanada dos Ministérios serem ou não de engenharia e, por consequência, poderem ou não serem licitados naquela modalidade. O analista Gérson Cardoso de Lima manifestou o entendimento de que a impermeabilização constituía serviço de conservação, mais simples que o de manutenção, por tanto, licitável por pregão. O relator, divergindo parcialmente da instrução, aduziu que:

*9. Ora, notório é o fato de que serviços de engenharia, ainda que aparentemente simples, demandam supervisão e conhecimento técnico, razão pela qual o art. 5º do Ato 12/86 do CREA/DF exige ART (Anotação de Responsabilidade Técnica) para os serviços e obras listados no art. 2º desse mesmo Ato. Dentre eles, inclui-se a impermeabilização.*

*10. Não bastassem essas considerações, deve-se esclarecer que impermeabilização não pode ser considerada um serviço simples, pois requer conhecimentos técnicos específicos. Diversos são os métodos empregados e a escolha da melhor solução depende de avaliação profissional competente. Serviços mal executados podem eventualmente comprometer a estrutura da edificação que se pretende proteger (BRASIL, 2002).*

Posteriormente, em Decisão nº. 557/2002 – Plenário, o Tribunal de Contas da União examinou representação de empresa de engenharia contra edital de pregão que tinha por objeto a contratação de empresa especializada em serviços de manutenção de sistemas de ar condicionado central individual, tratamento químico das torres de refrigeração e exaustão/ventilação mecânica, com fornecimento de mão-de-obra, materiais, peças, ferramentas e componentes.

O Ministro Relator Benjamin Zymler expôs que, no instrumento de convocação da licitação, foi exigido que o vencedor tivesse profissional registrado no CREA, tanto em engenharia mecânica, com experiência de cinco anos, como de engenharia química; que a Resolução nº. 218/73, do CONFEA, estabelece que esse tipo de serviço deve ser realizado por profissional inscrito no CREA e que compete ao conselho fiscalizar e disciplinar os serviços licitados; que havia duas interpretações possíveis: ou os serviços de manutenção, mesmo exigindo profissional de engenharia, podem ser licitados via pregão, tendo em vista o item 19 da relação anexa ao Decreto nº. 3.555/00; ou os serviços de manutenção, que se enquadram como de engenharia, não podem ser licitados por pregão, tendo em vista o art. 5º do referido decreto.

O relator, reconhecendo a complexidade do caso, admitiu ter havido erro escusável, propondo ao Plenário que, ao órgão,

fosse determinado não utilizar a modalidade de licitação para a contratação de serviços de engenharia, mesmo quando se tratar de serviços de manutenção.

É importante notar que essas decisões foram adotadas antes da Lei nº. 10.520/02, quando vigorava a Medida Provisória nº. 2.026/00 e o seu Decreto Regulamentar nº. 3.555/00. O Tribunal de Contas da União entendia que, por necessitarem de conhecimento de profissional especializado, as contratações de obras e engenharia não poderiam ser feitas pela modalidade pregão.

Com a edição da Lei de Pregão, o Tribunal de Contas da União consolidou entendimento de que o ordenamento jurídico em vigor ampara a realização do pregão com vistas à contratação de serviços de engenharia. Neste sentido, vale registrar os Acórdãos nº. 817/2005 – 1ª Câmara, nº. 268/2007 – Plenário, nº. 841/2010 – Plenário.

O Acórdão nº. 817/2005 trata-se de resposta à representação formulada por licitante sobre possíveis irregularidades praticadas pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) na realização de pregão, alegando que os serviços contratados – Fornecimento e Instalação de 26 (vinte e seis) Aparelhos de Ar Condicionado, modelo Multi Split – são considerados como de engenharia pelo CONFEA/CREA e que o Decreto nº. 3.555/00 veda a utilização da modalidade pregão para tais contratações. O Ministro Relator Valmir Campelo constata a natureza de bens e serviços comuns daqueles constantes do objeto do certame.

Na mesma linha de raciocínio, o Acórdão nº. 268/2007 trata-se de resposta à representação do Sinduscon-DF (Sindicato da Indústria da Construção Civil no Distrito Federal) contra pregão eletrônico realizado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ). Os serviços estavam orçados em R\$ 85.000,00 e abrangiam remoção do jardim, mão-de-obra especializada para remoção e colocação de vidros, rejunte, placas de mármore, demolição da proteção mecânica, impermeabilização de lajes, além de outros. O TCU considerou improcedente a representação do Sinduscon-DF e adequada a modalidade escolhida, caracterizando o serviço de engenharia licitado como comum.

Mais recentemente, o Acórdão nº. 841/2010 converteu na Súmula nº. 257 o entendimento pacificado no âmbito do TCU no sentido de que o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº. 10.520/2002.

Note que a postura atual da Corte atrela-se à conceituação de comuns, desconsiderando se os serviços são ou não são de engenharia, sendo mais relevante analisar se o bem ou serviço apresenta características padronizadas e se encontra disponível, a qualquer tempo, em um mercado próprio.

Mesmo contrariando o entendimento pacificado pelo TCU, o CONFEA, por meio da Decisão Plenária nº. 2.467/2012, decidiu que: *serviços que exigem habilitação legal para a sua elaboração ou execução, com a obrigatoriedade de emissão da devida ART perante o CREA, tais como projetos, consultoria, fiscalização, supervisão e perícias, jamais poderão ser classificados como comuns, dada a sua natureza intelectual, científica e técnica, fatores que resultam em ampla complexidade executiva, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições, conforme também detalha o artigo 13 da Lei 8.666, de 1993, não se admitindo a sua contratação pela modalidade pregão (BRASIL, 2012).*

Conforme exposto quando analisadas as disposições regulamentares que proíbem a contratação de serviços de engenharia na modalidade pregão e contrariam a norma geral – Lei

nº. 10.520/2002, e sem esquecer a legitimidade do CONFEA para regulamentar o exercício e atividade de engenheiro, tal entendimento não pode prevalecer, sob pena de desrespeito ao princípio da legalidade.

Por outro lado, diante da falta de previsão legal permitindo a utilização do pregão para contratação de obras, defende-se a impossibilidade do seu cabimento. Neste sentido decidiu o TCU em dois momentos, conforme observado nos Acórdãos nº. 1.538/2012 – Plenário e nº. 2.312/2012 – Plenário.

Embora não seja expressa a declaração de inviabilidade em utilizar a modalidade pregão para contratação de obras, o Acórdão nº. 1.538/2012 informa que obras com término de parcela posterior à Copa do Mundo de 2014 ou às Olimpíadas de 2016, conforme o caso, só podem ser licitadas pelo procedimento do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) quando ao menos fração do empreendimento tenha efetivo proveito para a realização desses eventos esportivos e desde que reste evidenciada a inviabilidade técnica e econômica do parcelamento das frações da empreitada a serem concluídas a posteriori. Caso contrário, devem ser utilizados os procedimentos da Lei nº. 8.666/93 e não da Lei do Pregão.

O Acórdão nº. 2.312/2012, por sua vez, é expresso em declarar a impossibilidade de utilização de pregão para a contratação de obras de engenharia. No caso, auditoria no Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e no Município de Santo Antônio do Descoberto-GO apontou indícios de irregularidades em licitação para construção de quadra esportiva coberta com palco em escola da localidade, entre eles a utilização da modalidade pregão para a realização da obra. Anotou a equipe de auditoria que, por se tratar de obra de engenharia, a modalidade pregão não poderia ter sido utilizada, tendo em vista o disposto no art. 1º e em seu parágrafo único da Lei nº. 10.520/2002.

Diante do exposto, não revestam dúvidas sobre o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à possibilidade de serviços de engenharia (e não obras), desde que tipificados como comuns, serem licitados na modalidade pregão.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se discute a respeito da possibilidade de adoção da modalidade pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, sendo certo afirmar que tanto o entendimento doutrinário quanto o jurisprudencial vem evoluindo desde a criação da modalidade licitatória.

Tal fato se deve à importância que representam os volumes de recursos públicos gastos em obras e serviços de engenharia, em si tratando de um país com enorme carência por infraestrutura e melhores prestações de serviços pela esfera governamental, como é o caso do Brasil.

Ciente deste fato, o legislador, revestindo-se de cuidados com os interesses daqueles que representa, editou normas para resguardar os gastos públicos de fraudes, presentes no cenário brasileiro até então. É o caso da edição da Lei de Licitações e da Lei Geral do Pregão. Conforme observa a doutrina, o pregão é caracterizado por um processo mais célere de contratações de bens e serviços comuns, representando também ganhos procedimentais e, em decorrência, econômicos, por se tratar de uma modalidade que aumenta a disputa e a transparência nas contratações públicas em relação a outras modalidades.

Com o objetivo de alcançar melhores resultados na atividade pública, desde a promulgação da legislação do pregão, vem sendo ampliada a interpretação dos dispositivos que disciplinam

a modalidade, a fim de contratar obras e serviços de engenharia por meio do pregão.

Como primeira conclusão do presente artigo, ressalta-se que normas regulamentares que impeçam contratações de serviços de engenharia via pregão, e que, fazendo isto, inovam em relação às disposições contidas na Lei Federal nº. 10.520/02, por ser uma ofensa ao Princípio da Legalidade, não devem prosperar no ordenamento jurídico brasileiro, sendo de outra forma uma afronta à Constituição Federal. Diferente é o caso de contratação de obras, por não se encaixarem nem no gênero bens e nem no gênero serviços.

Fato é que a Lei do Pregão tem uma aplicabilidade restrita. Desta forma, conclui-se que para a contratação de serviços de engenharia bastaria que o objeto a ser licitado se enquadrasse dentro da classificação de serviços comuns. A tarefa não é simples. Para tal, seria necessário profundo conhecimento do objeto a ser contratado. O instrumento convocatório deve ser tão bem redigido, que possa ser entendido pelos profissionais que compõem o nicho de mercado da licitação, não deixando margens para dúvidas.

Num mercado mundial globalizado, como o que estamos inseridos, seria difícil não encontrar empresas capazes de entender o pretendido pelo agente público. Dificilmente existirão especificações não usuais no mercado. A lógica se inverte e a exceção vira regra: difícil será encontrar serviços de engenharia que tenham um objeto ininteligível pelas empresas. Portanto, a tarefa daqueles que elaboram os editais seria descrever o objeto de forma clara e precisa, com base no conhecimento das práticas de mercado do ramo.

Caso o Administrador Público se sinta capacitado a apresentar todas as características técnicas envolvidas e tecer os detalhes que lhe permitam escolher a proposta mais vantajosa, construindo um Termo de Referência bem elaborado, não há que se falar em Lei em seu desfavor, pois seria aplicá-la contra o próprio Estado que a criou. Impedi-lo de utilizar o pregão para tais contratações é retirar-lhe a capacidade de ser mais eficiente na atividade pública, retirar-lhe instrumento mais célere e econômico que os demais.

Como foi possível verificar, se em uma primeira etapa, com a criação do pregão, até por força de vedação expressa em regulamento de sua adoção para a contratação de obras e serviços de engenharia, os tribunais eram receosos em admitir a modalidade para tal objeto, hoje o entendimento é que se pode contratar por pregão serviços de engenharia, desde que caracterizadas como serviço comum. É a consolidação de uma nova realidade: a grande aceitação do pregão e a ênfase na agilidade, transparência e publicidade, que são marcas desta modalidade licitatória.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernanda Alves. Serviços de engenharia podem ser licitados por pregão? O entendimento recente do TCU. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 6, n.67, p. 64-69 – jul.2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Decreto Federal nº. 3.555, de 08 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Decreto Federal nº. 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Decreto Federal nº. 7.174, de 12 de maio de 2010. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Resolução nº. 218, de 29 de junho de 1973, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA. Discrimina atividades das diferentes modalidades profissionais da Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Disponível em <<http://www.confea.org.br>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Decisão Plenária nº. 2.467, de 03 de dezembro de 2012, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA. Define e disciplina a aplicabilidade da modalidade licitatória pregão para a contratação de serviços do setor de engenharia. Disponível em <<http://www.confea.org.br>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº. 195/2002. Relator: Ministro Benjamin Zymler. DOU de 25/03/2002. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº. 557/2002. Relator: Ministro Benjamin Zymler. DOU de 07/06/2002. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 817/2005. Relator: Ministro Valmir Campelo. DOU de 09/05/2005. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 286/2007. Relator: Auditor Augusto Sherman Cavalcanti. DOU de 16/02/2007. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 841/2010. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. DOU de 05/05/2010. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1.538/2012. Relator: Ministro Valmir Campelo. DOU de 20/06/2012. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 2.312/2012. Relator: Ministro José Jorge. DOU de 29/08/2012. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 14/06/2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, n. 7, n.75, p. 28-33, mar 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MINAS GERAIS. Decreto nº. 44.786, de 18 de abril de 2008. Regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de

Minas Gerais, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.compras.mg.gov.br>> Acesso em 14/06/2014.

MINAS GERAIS. Lei nº. 14.167, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a adoção no âmbito de Estado, do Pregão como modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências. Disponível em <<http://www.compras.mg.gov.br>> Acesso em 14/06/2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Silvio Freire de. O pregão e os serviços de engenharia. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 7, n.75. p.7-16 mar. 2008.

PALAVÉRI, Marcelo. Pregão: possibilidade de ser adotada a modalidade para licitar serviços de engenharia. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 55-60, out. 2007.

REIS, Samuel Mota de Souza. A contratação de obras e serviços de engenharia sob o enfoque do pregão. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 8, n. 433, 13 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5683>>. Acesso em 14/06/2014.

SARDINHA PINTO, Luciana Morais Raso. Apostila da disciplina *Direito Administrativo* do Curso de Superior de Administração Pública da Fundação João Pinheiro. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2004.

SIMÕES, Luiz Felipe Bezerra Almeida; MALTAROLLO, Adriano de Sousa. Pregão em obras e serviços de engenharia. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 69, p. 7-22, set. 2007.

#### NOTAS DE FIM

1 Mestrando em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro, Pós-Graduado em Gestão Estratégica pela Fundação João Pinheiro, Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pregoeiro Titular da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

2 Mestranda em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro, Pós-Graduada em Gestão Estratégica pela Fundação João Pinheiro, Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

3 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pregoeiro da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

4 Valor referente ao valor total homologado pelo Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, no ano de 2013, referentes aos gastos com materiais, serviços e obras.

5 Lei Nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

6 As demais modalidades licitatórias previstas na legislação brasileira são: concorrência; tomada de preços; convite; concurso; leilão. Cabe ressaltar que o §8º do art.22 da Lei nº. 8.666/93 veda a criação de outras modalidades ou a combinação entre elas.

7 Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

8 Cabe ressaltar que a lei responsável pela instituição do pregão é norma geral que modifica o art. 22 da Lei nº. 8.666/93, no que se refere à restrição de criação de modalidades além das previstas.

9 Lei Nº. 14.167, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a adoção, no âmbito do Estado, do pregão como modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências.

# VIGIAR OS VIGILANTES: A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE INTERNO PARA A GARANTIA DA SEGURANÇA CIDADÃ E AS POTENCIALIDADES DO PROJETO DO CICC

DIEGO MENDES DE SOUSA<sup>1</sup>

DIEGO VALADARES VASCONCELOS NETO<sup>2</sup>

LUIZA HERMETO C. CAMPOS<sup>3</sup>

MAÍRA DOS SANTOS MOREIRA<sup>4</sup>

**RESUMO:** Este artigo busca apresentar as potencialidades do projeto Centro Integrado de Comando e Controle (CICC) da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais no sentido de garantir uma segurança pública cidadã, em particular no contexto de grandes manifestações. O conceito de segurança cidadã visa adequar o dever de garantir o direito de viver livre de medo ao paradigma do estado democrático de direito. Os limites da atuação de forças policiais neste contexto deve se pautar por normas de Direitos Humanos codificadas em tratados e declarações internacionais, e na legislação brasileira, como na Constituição Federal, leis e decretos. Ao reunir diferentes órgãos e viabilizar o acesso a imagens de câmeras e outras informações, o CICC tem o potencial de permitir o controle entre instituições e o monitoramento das atividades policiais, facilitando o monitoramento pelo Estado do respeito aos Direitos Humanos por seus agentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle Interno; Segurança Cidadã; Centro Integrado de Comando e Controle; Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** This article aims to show the potential of the State Department of Social Defense of Minas Gerais Integrated Command and Control Center (CICC) project in order to ensure public safety citizen, particularly in the context of major events. The concept of citizen security aims at adjusting the duty to guarantee the right to live free of fear to the paradigm of democratic rule of law. The limits of performance of police forces in this context should be guided by human rights norms codified in international treaties and declarations, and laws and regulations such as the Federal Constitution, laws and decrees. By bringing together different agencies and facilitate access to camera images and other information, the CICC has the potential to allow control of institutions and monitoring of police activities, facilitating the monitoring by the State of respect for human rights by its agents.

**KEYWORDS:** Internal Control; Citizen Security; Center Integrated Command and Control; Human Rights.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 A Segurança Cidadã: Conceito e Origens; 3 Responsabilidade do Estado; 4 Controle Interno como Forma de Garantia da Segurança Cidadã; 5 O Centro Integrado de Comando e Controle Interno e suas Potencialidades; 6 Considerações Finais: os Limites do Controle e a Importância do Controle Externo.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito Administrativo.

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é apresentar as potencialidades de contribuição para a segurança cidadã identificadas no projeto de implantação do Centro Integrado de Comando e Controle da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais, que surgiu no contexto de grandes eventos, coincidentes com grandes manifestações populares.

O artigo se divide em cinco seções além desta introdução. A primeira seção discute a noção de segurança cidadã e suas origens, destacando sua associação com os regimes democráticos, em contraposição às ideias de “segurança interior” e “ordem pública” muito presentes nas ditaduras latino-americanas.

A segunda seção aborda a responsabilidade do Estado sobre as questões de segurança cidadã sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos e como órgãos internacionais aplicam tal conceito para o contexto de protestos e manifestações.

A terceira seção trata do controle da Administração Pública, explicitando a diferença entre controles interno e externo e destacando sua aplicabilidade na área da segurança cidadã.

A quarta seção apresenta o Centro Integrado de Comando e Controle (CICC), seu surgimento e sua concepção, ressaltando seus instrumentos que podem potencializar o controle da atuação policial e garantia de uma segurança pública efetivamente cidadã.

A quinta seção recupera as principais conclusões do trabalho, destacando os alcances e limites do controle interno e a importância do controle social para a segurança cidadã.

## 2 A SEGURANÇA CIDADÃ: CONCEITO E ORIGENS

Com o surgimento e valorização do Estado Democrático, o conceito de segurança, inicialmente preocupado apenas com a garantia da ordem pública como expressão da força do Estado, foi revisto. A segurança não é mais vista exclusivamente como combate à criminalidade, mas inclui também a criação de condições para a convivência pacífica entre as pessoas. Este conceito de segurança enfatiza estratégias de prevenção e controle das causas da violência, no lugar de se restringir à estratégia reativa, de repressão a violências já ocorridas.

O direito à segurança frente à criminalidade e à violência não consta na ordem jurídica internacional dos Direitos Humanos de forma expressa nestes termos. Isto por que as normas de Direitos Humanos são formuladas, em geral, como normas que têm como obrigados os Estados, e não indivíduos ou grupos. Entretanto, tais normas obrigam aos Estados não apenas a respeitá-las, mas também a garantir o respeito por parte de terceiros.

Assim, o Direito à segurança frente à criminalidade e à violência deriva da obrigação do Estado de garantir a segurança

pessoal. O artigo 3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que "Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal"; o artigo 1 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem afirma: "Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa"; o artigo 9 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos: "Todo indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa"; e o artigo 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) afirma que "Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais".

É com base nesta visão do direito à segurança frente à criminalidade e à violência interpessoal ou social que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos entende que a garantia de direitos afetados por condutas violentas e/ou delitivas é um pressuposto do conjunto normativo que alicerça as obrigações do Estado. Integram este conjunto normativo base das obrigações exigíveis do Estado dos quais deriva o direito à segurança: os direitos à vida, à integridade física; à liberdade; às garantias processuais e ao uso pacífico dos bens (CIDH, 2009, p. 6-7).

O conceito de segurança cidadã surgiu na América Latina no contexto das transições de regimes ditatoriais para regimes democráticos justamente para diferenciar a natureza da segurança na democracia em relação àquela praticada no autoritarismo. A segurança utilizada nos regimes autoritários associa-se a ideia de segurança do Estado, presente nas noções de "segurança nacional" e "segurança interior". Nos regimes democráticos, a segurança associa-se primordialmente às pessoas e aos grupos sociais. A ideia de segurança cidadã é mais adequada para tratar das questões da criminalidade e da violência de uma perspectiva dos Direitos Humanos porque ela surge de uma ênfase na cidadania democrática e na proteção da pessoa humana como objetivo central das políticas.

A segurança cidadã é uma dimensão central da "segurança humana" como elaborada pelo Programa das Nações para o Desenvolvimento (PNUD). A segurança humana é "um dos meios ou condições para o desenvolvimento humano", definida em termos de "ausência de temor e ausência de carências". A segurança humana é entendida

*como a situação social na qual todas as pessoas podem gozar livremente de seus direitos fundamentais, uma vez que as instituições públicas possuem a suficiente capacidade, no marco de um Estado de Direito, para garantir seu exercício e para responder com eficácia quando estes são violados(...) Deste modo, é a cidadania o principal objeto da proteção estatal. Em suma, a segurança cidadã torna-se uma condição necessária –ainda que insuficiente da segurança humana que, finalmente é a última garantia do desenvolvimento humano. Por conseguinte, as intervenções institucionais destinadas a prevenir e controlar o fenômeno do delito e da violência (políticas de segurança cidadã) podem ser consideradas uma oportunidade indireta mas significativa para, por um lado, fundamentar o desenvolvimento econômico sustentável e, por outro, fortalecer a governabilidade democrática e a vigência dos direitos humanos (PNUD, 1995 apud CIDH, 2009, p. 9).*

Aliás, a ideia de uma sociedade onde se possa viver sem medo está na raiz e sempre compôs a agenda de debates sobre Direitos Humanos (ROOSEVELT, 1941; ONU, 2005, págs.27-28) sendo completamente artificial a oposição "Direitos Humanos x Segurança da População".

Falhas na segurança cidadã dizem respeito a situações nas quais o Estado não cumpre, total ou parcialmente, sua função de oferecer proteção contra o crime e a violência social. A atuação da força pública orientada para a proteção da segurança cidadã é essencial para o bem comum de uma sociedade democrática<sup>5</sup>.

Por outro lado, os abusos de autoridades policiais têm se constituído como um importante fator de risco para a segurança pessoal. Os direitos humanos limitam o exercício da autoridade, buscando evitar arbitrariedades, e constituem um amparo fundamental para a segurança cidadã na medida em que buscam impedir que as ferramentas legais de que dispõem os agentes públicos sejam usadas para gerar violência e violar direitos.

A seguir, abordaremos as obrigações do Estado no que diz respeito aos direitos humanos e às medidas para prevenir condutas que comprometem a segurança cidadã, em particular durante grandes manifestações.

### 3 RESPONSABILIDADES DO ESTADO

Todo ato internacionalmente ilícito atribuível a um Estado gera sua responsabilidade internacional (CDI, 2001, Arts.1 e 2). Um ato é internacionalmente ilícito quando constitui uma ação ou omissão que viola normas de direito internacional vinculantes para um Estado (idem, Art.3). Ato de órgãos de um Estado, como suas forças policiais, são atribuíveis a este (idem, Art.4), mesmo quando tais atos excedem ou violam sua competência (idem, Art.7).

Sobre as obrigações do Estado no campo da segurança cidadã, tem-se, por um lado, as obrigações negativas, de abstenção e respeito, e, de outro, as positivas, associadas às medidas de prevenção. Por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que:

#### **Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos**

*Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.[...]*

#### **Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno**

*Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. [grifos nossos]*

Assim, o dever de respeitar normas de Direitos Humanos demanda que o Estado se abstenha de tomar medidas que violem normas codificadas, como aquelas da CADH. O dever de garantir o livre e pleno exercício de Direitos Humanos demanda que o Estado adote medidas positivas contra terceiros que possam ameaçar tal exercício. E, finalmente, o Estado possui a obrigação positiva de adotar disposições de direito interno, adequando a legislação e a administração de seus órgãos às normas internacionais de Direitos Humanos.

Portanto, ao realizar-se o controle da atuação policial, que será apresentado na próxima seção, a autoridade responsável deve conhecer a fundo normas e padrões de Direitos Humanos relevantes. A título de ilustração, apresentaremos como devem ser compreendidas algumas normas no controle da atuação policial durante grandes manifestações.



Tratados de Direitos Humanos estabelecem o direito à vida como o direito a não ser privado da vida arbitrariamente (PIDCP, Art.6.1; CADH, Art.4.1). Os Princípios Básicos sobre o Uso da Força e de Armas de Fogo por Agentes Responsáveis pela Aplicação da Lei preveem os limites para o uso da força (Princípios Básicos). Segundo o princípio 9:

*Os governos e entidades responsáveis pela aplicação da lei deverão preparar uma série tão ampla quanto possível de meios e equipar os responsáveis pela aplicação da lei com uma variedade de tipos de armas e munições que permitam o uso diferenciado da força e de armas de fogo. Tais providências deverão incluir o aperfeiçoamento de armas incapacitantes não-letais, para uso nas situações adequadas, com o propósito de limitar cada vez mais a aplicação de meios capazes de causar morte ou ferimentos às pessoas. Com idêntica finalidade, deverão equipar os encarregados da aplicação da lei com equipamento de legítima defesa, como escudos, capacetes, coletes à prova de bala e veículos à prova de bala, a fim de se reduzir a necessidade do emprego de armas de qualquer espécie.*

Tais padrões são incorporados no direito à vida na Constituição Federal, e no que tange a forças federais, na Portaria Interministerial MJ/SDH/PR 4.226 de 31 de dezembro de 2010.

Norma equivalente foi interpretada pela Corte Europeia de Direitos Humanos em casos de manifestações sociais ou outros contextos relevantes. No caso Güleç v. Turquia (CEDH, 1998), por exemplo, a ausência de armas menos letais e de materiais de proteções aos policiais adequadas em um contexto de manifestações que poderiam tornar-se violentas contribuíram para a conclusão de que o direito à vida teria sido violado.

Em outro caso, McCann v. Reino Unido (CEDH, 1995), a Corte Europeia enfatiza a importância do dever de se planejar uma operação policial de maneira a evitar a utilização do uso letal da força. Segundo a decisão, verificou-se uma violação do direito a vida, mesmo no caso de tiros letais contra indivíduos que se acreditava estavam prestes a explodir um carro bomba em uma praça repleta de pessoas. Isto porque a operação falhou ao deixar de tomar medidas necessárias para deter suspeitos antes que a situação se tornasse de extremo risco às vidas não apenas dos suspeitos, mas dos transeuntes que poderiam ser afetados pela suposta bomba. A menção a este caso visa enfatizar a importância do planejamento da operação. Assim, por exemplo, sendo previsível que haja risco à vida de manifestantes que estejam sobre um viaduto onde possa haver tumultos, a operação de policiamento da manifestação deve isolar tal espaço ou apontar outras soluções.<sup>6</sup>

Entretanto, mesmo quando operações policiais são desencadeadas com vistas a evitar mortes, equipando policiais com armas menos letais<sup>7</sup> e planejando a operação, ainda assim é possível que haja a violação do direito à integridade física de manifestantes (PIDCP, Art.7; CADH, Art.5). Como balas de borracha podem causar lesões sérias, os Princípios Básicos se aplicam (Princípio 14 com referência ao Princípio 9). A Corte Europeia decidiu em diferentes casos pela violação à integridade física devido ao mal uso de armas menos letais. No caso Abdullah Ya a v. Turquia (CEDH, 2013), por exemplo, decidiu-se pela violação do direito à integridade física quando bombas de gás foram arremessadas diretamente contra manifestante, causando ferimentos nestes e em terceiros. A corte também afirmou que bombas de gás não podem ser utilizadas em ambientes fechados. A utilização abusiva do *spray* de pimenta também foi condenada como violação do direito à integridade física no caso Ali Günes v. Turquia (CEDH, 2012).

Durante o policiamento de manifestações, também é possível que haja violações de Direitos Humanos através da omissão por parte de forças policiais. Por exemplo, a obstrução de tratamento médico pode enquadrar-se como tortura ou outras formas de maus tratos. Assim decidiu a Corte Europeia no caso Keenan v. Reino Unido (CEDH, 2001); e a Comissão Africana de Direitos Humanos nos casos Organização de Liberdades Cívicas v. Nigéria (ComADH, 1999) Anistia Internacional v. Malawi (ComADH, 1994)<sup>8</sup>.

Outra forma de omissão que pode gerar a responsabilidade internacional do Estado é a omissão em adotar medidas de Direito Interno. Um exemplo deste tipo de omissão é a não abolição no Brasil do crime de desacato. A Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, aprovada pela CIDH em 2000, afirma, em seu princípio 11 que:

*Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como "leis de desacato", atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.*

A declaração codifica entendimento já expressado pela CIDH em diversas ocasiões (CIDH, 1999; CIDH, 2001), que alega que o desacato é "um crime cuja mera existência dissuade pessoas a emitir opiniões críticas a respeito de autoridades" (CorteIDH, 2009, para.1.51). A posição também é corroborada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em decisões que afirmam ser a condenação por crimes de desacato uma violação da CADH (CorteIDH, 2005; CorteIDH, 2009).

O Brasil segue em responsabilidade internacional por não revogar o crime de desacato de seu Código Penal<sup>9</sup>. Ainda assim, as autoridades devem se abster de deter manifestantes e apresentar denúncias por desacato, dando aplicabilidade imediata às normas de Direitos Humanos e garantindo uma segurança cidadã<sup>10</sup>.

Com estes e outros padrões de direitos humanos em mente, deve-se exercer o controle da atividade policial e de outras atividades estatais para garantir-se uma segurança cidadã. Passamos então a uma breve discussão sobre o conceito de controle.

#### **4 CONTROLE INTERNO COMO FORMA DE GARANTIA DA SEGURANÇA CIDADÃ**

O Controle é um alicerce do modelo democrático, sendo, inclusive, uma forma de proteger os cidadãos de possíveis arbitrariedades de órgãos e agentes do Estado. Ademais, possibilita a disponibilidade à sociedade de informações claras, conferindo transparência à gestão pública. Em última análise, o Controle opera na garantia de prestação de contas, accountability, de Estado para Estado e de Estado para Sociedade.

Conforme preceituado por Hely Lopes Meirelles, controle aplicado à Administração Pública seria "a faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta de outro" (1997, pág.XX). Fernanda Marinela, por sua vez, o entende como o "conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos para a fiscalização e revisão de toda a atividade" (2010).

O controle se subdivide em controle interno e externo, sendo este o último exercido por outro Poder. Conforme Meirelles, é "o que se realiza por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado" (1997), como Tribunais de Contas, Judiciários e Legislativo exercem sobre o Poder Executivo. Já o controle interno, é aquele exercido por órgãos da própria Administração, ou seja, por estruturas componentes do próprio órgão, possuindo expressamente previsão na Constituição Federal de 1988:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

- I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
- II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
- III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
- IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. (BRASIL, 1998).

Este status Constitucional evidencia o grau de importância conferido ao Controle da Administração Pública na engenharia institucional do Estado brasileiro.

O controle interno, ou também chamado de controle administrativo tem como função acompanhar a execução das ações, seja de forma opinativa, preventiva ou corretiva. A política de segurança cidadã, dentro do arranjo institucional, merece especial atenção no que diz respeito ao controle e fiscalização de suas ações, dada sua própria natureza, associada ao uso da força. O controle interno eficaz é uma forma de garantir que a atuação policial, fortemente marcada pela tradição militarista, adote uma lógica de maior proximidade com a sociedade, fortalecendo vínculos comunitários e as ações de prevenção. A própria estrutura do ciclo policial no Estado Brasileiro, dividido entre polícia ostensiva e judiciária, remete a um tipo de controle da atividade policial, dado que cada instituição é dependente das ações da outra para dar prosseguimento aos eventos de segurança pública, remetendo em alguma medida a um sistema de freios e contrapesos.

Na perspectiva de Montesquieu, a divisão dos Poderes de um Estado é uma forma de evitar um governo tirânico na medida em que cada poder controla e balanceia as ações dos outros. A fiscalização entre poderes é vista como uma forma de garantir que todos eles respeitem os limites legais, reduzindo possibilidade de arbitrariedades e abusos de poder.

Embora Montesquieu tenha pensado no controle entre Poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo), a ideia de freios e contrapesos é plenamente aplicável à rotina interna da política de segurança cidadã. Os papéis definidos e intercalados, de forma que o trabalho de um dependa da execução do outro, dos principais agentes desta política (Polícia Ostensiva, Judiciária, Secretarias Estaduais de Segurança, Ministério Público e Judiciário) geram um controle entre instituições, favorecendo uma atuação que respeite as competências privativas dos órgãos e o cumprimento da lei.

Dessa forma, a existência de controles internos efetivos se configura como um importante meio para que as instituições exerçam um controle mútuo e atuem respeitando os limites legais e sociais.

## **5 O CENTRO INTEGRADO DE COMANDO E CONTROLE E SUAS POTENCIALIDADES**

Os Centros de Comando e Controle começaram a ser pensados na II Guerra Mundial com o objetivo de unificar o comando das diversas frentes de guerra, sejam elas terrestres, aéreas ou navais (BRASIL, 2006). Atualmente, com desenvolvimento de novas tecnologias de informação e comunicação, os modernos Centros de Comando e Controle, ou C2 como são chamados, têm o objetivo de integrar em um mesmo ambiente físico pessoas de diversas instituições - sejam elas de segurança, mobilidade, defesa civil, inteligência, entre outros - sistemas, imagens, protocolos, dados

e informações. Estes, aliados aos conhecimentos operacionais, permitem a produção de informação em tempo real para subsidiar a tomada de decisão das chefias, neutralizando ou impedindo a ocorrência de riscos, ou mesmo minimizando seus efeitos.

Com o advento da Copa do Mundo de 2014 no Brasil, uma das grandes estratégias na área de segurança dos Governos Federal e Estaduais foi criar Centros de Comando e Controle nas cidades sede que coordenariam e fariam o monitoramento das operações de segurança durante a Copa:

*No âmbito do Ministério da Justiça (MJ), deverão ser estabelecidos centros de comando e controle denominados Centros Integrados de Comando e Controle Regionais (CICCR) nas cidades-sede, integrados ao Centro Integrado de Comando e Controle Nacional (CICCN), que coordenarão o emprego das Forças de Segurança Pública nas atividades de segurança dos Grandes Eventos. (BRASIL, 2013)*

Em Minas Gerais esse conceito foi ampliado e o Centro Integrado de Comando e Controle - CICC, além de fazer o monitoramento de grandes eventos e situações de crise, com a participação de mais de vinte instituições, se propõe a ser um núcleo de operações que concentrará o Centro Integrado de Atendimento e Despacho (CIAD), o Disque Denúncia Unificado (DDU), o monitoramento de imagens por câmeras e da localização de viaturas via GPS, equipes de produção de informações e estatísticas, e os órgãos de inteligência. O CIAD é responsável pelo atendimento dos tridígitos 190, 193 e 197 e despacho de viaturas para atendimento das ocorrências. O DDU recebe anonimamente denúncias de violência de todo o Estado de Minas Gerais.

O objetivo é ter um equipamento público permanente que concentrará todos esses serviços, trazendo celeridade aos processos e ao atendimento ao cidadão.

A disposição das instituições em um mesmo ambiente no CICC e a tomada de decisão em tempo real, inclusive com o acompanhamento das ações por meio de imagens e alertas de sistemas, permite um controle mútuo das ações com a correção imediata, caso esta não seja satisfatória. É importante ressaltar que protocolos são definidos previamente, e que, portanto, o objetivo é não haver interferência das ações de uma instituição em relação à outra dentro daquilo que suas competências presumem. Porém, caso a resposta à demanda não produza os resultados esperados, é possível que se tenham correções, apoios em atividades ou qualquer outra ação que leve a um atendimento melhor aos cidadãos envolvidos na ocorrência, garantindo seus direitos e evitando arbitrariedades.

Além do controle entre instituições, o CICC tem uma forte potencialidade de monitoramento das atividades policiais quanto ao respeito aos Direitos Humanos. O acesso às imagens de câmeras e o constante monitoramento das diversas instituições traz uma transformação da natureza do trabalho da polícia, como mostra o estudo realizado por Benjamin J. Goold (2003). A pesquisa qualitativa realizada com cerca de 95 policiais de seis cidades do sul da Inglaterra, questiona sobre a mudança no comportamento quando da inserção de câmeras capazes de monitorar o trabalho realizado. Mais de 2/3 dos policiais afirmaram que "a introdução de câmeras os forçou a serem mais cautelosos durante o patrulhamento" (GOOLD, 2003, tradução nossa). Diante disso, o monitoramento por imagens ou localização de viatura por GPS, além de trazer benefícios quanto à prevenção à criminalidade e minimização de riscos, traz consigo também a perspectiva do comando e controle da atuação policial de rua, fiscalização de suas ações, além da própria mudança comportamental da organização policial, prevenindo também ações violentas ou de violação de direitos, antagônicas a composição do Estado Democrático de Direito e a uma perspectiva de segurança cidadã.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: OS LIMITES DO CONTROLE INTERNO E A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE EXTERNO

A ideia de segurança cidadã se refere a uma política pública voltada primordialmente para a proteção da pessoa humana, que vai além do combate direto à criminalidade, englobando também um conjunto de ações e estratégias para viabilizar a convivência pacífica entre as pessoas.

Embora o direito à segurança frente à criminalidade e à violência não conste na ordem jurídica internacional dos Direitos Humanos de forma expressa, ele pode ser visto como um derivado dos direitos à vida, à integridade física, à liberdade e ao uso pacífico dos bens, estes sim claramente expressos, sendo, portanto, uma obrigação exigível do estado (CIDH, 2009). O dever de respeitar normas de Direitos Humanos demanda que o Estado, por um lado, se abstenha de tomar medidas que violem normas codificadas e, por outro lado, adote medidas positivas contra terceiros que possam ameaçar o livre e pleno exercício dos Direitos Humanos. Outra obrigação positiva do Estado é a de adotar disposições de direito interno, adequando a legislação e a administração de seus órgãos às normas internacionais de Direitos Humanos.

O controle da administração pública é uma importante forma de monitorar o atendimento aos parâmetros de Direitos Humanos. Argumentamos aqui que o projeto Centro Integrado de Comando e Controle pode potencializar o controle no campo da segurança cidadã. Em primeiro lugar porque reúne, em um mesmo ambiente, diversas instituições e viabiliza a tomada de decisão em tempo real, possibilitando um controle mútuo das ações. Além disso, permite o acesso às imagens de câmeras, o que estimula uma postura mais cautelosa dos policiais no patrulhamento.

Apesar do controle enfatizado neste artigo ser o do próprio Estado, destacamos que qualquer sistema de controle montado no interior do Estado sofrerá limites, seja por razões orçamentárias, de recursos humanos e/ou pelo grau de interdependência entre quem exerce o controle e quem tem suas ações controladas. Portanto, é o controle social, exercido pelo cidadão, que tem o maior potencial de garantir que os órgãos de segurança pratiquem uma segurança cidadã, respeitando parâmetros de Direitos Humanos. O conceito da preservação do interesse público tem como titular o público, o grupo de pessoas afetadas direta ou indiretamente pelo Estado, e não a máquina estatal. Este público deve, assim, se munir de equipamentos e estratégias para que cobrem o respeito a este interesse em todas as partes.

Para isto, este público deve se empoderar com conhecimentos sobre o conceito de segurança cidadã e padrões de Direitos Humanos, apresentadas nas seções 1 e 2 acima, que devem ser respeitados. Deve também saber identificar o papel do controle e conhecer ferramentas estatais que possam ser utilizadas para tanto, como sugerimos ser uma das funções potenciais do CICC. Com estes conhecimentos, o controle pelos cidadãos tem o potencial de se tornar mais efetivo<sup>11</sup>.

### REFERÊNCIAS

- ANDI, Acesso à informação e controle social das políticas públicas, 2009, [http://www.andi.org.br/sites/default/files/aceso\\_a\\_informacao\\_fiscal\\_01\\_04\\_0.pdf](http://www.andi.org.br/sites/default/files/aceso_a_informacao_fiscal_01_04_0.pdf), último acesso em 25 de abril de 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.
- BRASIL. Lei Federal 12.507 de 18 de novembro de 2011.
- BRASIL. Ministério da Defesa. *Doutrina Militar de Comando e Controle*. Portaria Normativa nº 1888, 29.12.2006 - MD31-D-03.

BRASIL. Ministério da Justiça e Ministério da Defesa. *Planejamento Estratégico de Segurança Pública e Defesa para a Copa do Mundo da FIFA BRASIL 2014*. Brasília, DF, 2013.

Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Krishna Achuthan (representando Aleke Banda) e Anistia Internacional (representando Orton e Vera Chirwa v. Malawi, decisão de 27 de abril de 1994.

Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Organização de Liberdades Cívicas v. Nigéria, decisão de 15 de novembro de 1999.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, Aprovado pela CIDH em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório Anual 1998, Volume III, Capítulo IV A. –OEA/Ser.L/V/II.102 Doc.6 rev. 16 abril 1999.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório Anual 2000 Volume III, Capítulo III A.2. –OEA/Ser.L/V/II.111 Doc.20 rev. 16 abril 2001.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos. Organização dos Estados Americanos, 2009.

Comissão Internacional de Juristas das Nações Unidas, Projeto sobre responsabilidade internacional dos Estados, texto anexo à Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 56/83 de 12 de dezembro de 2001, tradução pelo Prof. Aziz Tuffi Saliba. Disponível em <http://novodireitointernacional.com.br/wp-content/uploads/2012/02/Projeto-da-CIDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf>, último acesso em 27 de abril de 2014.

Corte Europeia de Direitos Humanos, Abdullah Ya a e outros v. Turquia, decisão de 6 de julho de 2013.

Corte Europeia de Direitos Humanos, Ali Güne v. Turquia, decisão de 12 de abril de 2012.

Corte Europeia de Direitos Humanos, Güleç v. Turquia, decisão de 27 de julho de 1998.

Corte Europeia de Direitos Humanos, Keenan v. Reino Unido, decisão de 3 de abril de 2001.

Corte Europeia de Direitos Humanos, McCann e outros v. Reino Unido, decisão de 27 de setembro de 1995.

Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, Sentença de 20 de novembro de 2009.

Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentença de 22 de novembro de 2005

GOOLD, Benjamin J. *Public Area Surveillance and Police Work: the impact of CCTV on police behavior and autonomy*. *Surveillance and Society*. 1 (2): 191-203. 2003.

IANNOTTI, Giovano *Querem pôr um cadáver no colo da presidenta*, em Portal Vermelho, 23 de julho de 2013, disponível em [http://www.vermelho.org.br/ms/noticia.php?id\\_noticia=216830](http://www.vermelho.org.br/ms/noticia.php?id_noticia=216830), último acesso em 27 de abril de 2014.

MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 4ª Ed. Niterói: Impetus, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 22.ed. São Paulo, RT, 1997.

MINAS GERAIS, Decreto Estadual 45.969 de 24 de maio de 2012.

MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Rio de Janeiro: Ediouro, 1991. Estado de São Paulo (jornal), *Morre mais um manifestante que caiu de viaduto em Belo Horizonte*, 12 de julho de 2013, disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,morre-mais-um-manifestante-que-caiu>

de-viaduto-em-belo-horizonte,1052817,0.htm, último acesso em 20 de abril de 2014.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada no Brasil pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Organização das Nações Unidas (ONU), *In Larger freedom: towards development, security and human rights for all*. Relatório do Secretário Geral para a Assembleia Geral em seguimento aos resultados da Cúpula do Milênio, Doc.A/59/2005/Add.3.

RAMIS, Diogo. Controle da administração pública. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12667](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12667), último acesso em 30 de abril de 2014.

ROOSEVELT, Franklin D., *The Four Freedoms*, discurso ao Congresso dos EUA. Disponível em <http://americanrhetoric.com/speeches/fdrthefourfreedoms.htm>, último acesso em 21 de abril de 2014.

ROOSEVELT, Franklin D., *The Four Freedoms*, discurso ao Congresso dos EUA. Disponível em <http://americanrhetoric.com/speeches/fdrthefourfreedoms.htm>, último acesso em 21 de abril de 2014.

#### NOTAS DE FIM

1 Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental atuando como Superintendente de Infraestrutura e Logística da Secretaria de Defesa Social do Governo de Minas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

2 Professor no curso de Pós Graduação em Direitos Humanos na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, no Instituto de Direitos Humanos de Belo Horizonte e na Universidade "MITSO" de Minsk, República da Bielorrússia. Foi Diretor de Proteção de Direitos Humanos do Governo de Minas (entre 2011 e 2013). Possui Mestrado em Direito Internacional Humanitário pela Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. Universidade de Genebra.

3 Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental atuando no Gabinete da Secretária Adjunta de Defesa Social do Governo de Minas, Bacharel em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro.

4 Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental atuando na Assessoria de Gestão Estratégica e Inovação da Secretaria de Defesa Social do Governo de Minas. Mestranda em Ciência Política na Universidade Federal de Minas Gerais, Bacharel em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro, e Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais.

5 O conceito de segurança cidadã transcende a mera atuação policial, abrangendo políticas de diversas áreas, como programas de iluminação de vias e espaços públicos – por exemplo, o projeto Campos de Luz da CEMIG – programas de prevenção à criminalidade – como o Programa Fica Vivo! do Governo de Minas – e programas de proteção de Direitos Humanos, como o Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas, o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte, o Programa de Proteção a Defensores de Direitos Humanos e o Núcleo de Atendimento a Vítimas de Crime Violentos. Entretanto, o presente artigo se focará apenas na perspectiva da atuação policial e seu dever de respeitar e garantir Direitos Humanos.

6 Durante as manifestações de junho em Belo Horizonte, tumultos eclodiram próximo ao viaduto entre a Avenida Antônio Carlos com a Avenida Abraão Caram nos três dias de jogos em Belo Horizonte. Após a utilização de balas de borracha e gás lacrimogênio por parte da Polícia Militar em cada um dos três dias, ao menos sete pessoas caíram do viaduto, duas delas vieram a falecer, (Estado de São Paulo, 2014).

7 Após arma menos letal: O termo arma não letal é hoje considerado inadequado, pois qualquer arma tem a potencialidade de causar a morte, mesmo que apenas incidentalmente.

8 Durante os protestos de junho de 2013 em Belo Horizonte alegou-se que em alguns casos, em particular no cruzamento entre as avenidas Abraão Caram e Antônio Carlos, a Polícia Militar teria se omitido na prestação de socorro e na permissão de que médicos voluntários ajudassem feridos, (IANNOTTI, 2013).

9 Até a conclusão do presente texto, estava em tramitação no Congresso Projeto de Lei que previa o fim do crime de desacato. Entretanto, tal projeto transformava o atual tipo de desacato em uma injúria qualificada com pena superior à atual disposição penal. Assim, tal projeto não contempla o dever de revogar o crime de desacato.

10 Durante as manifestações ocorridas no Brasil em 2013, centenas de pessoas foram detidas com base no crime de desacato, em clara violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

11 As maneiras de realizar este controle é tema para outro artigo que extrapola os objetivos deste. Não exaurindo como este pode ser realizado, podemos citar como algumas fontes para tal controle leis de transparência (Lei Federal 12.507 de 18 de novembro de 2011, Decreto Estadual de Minas Gerais 45.969 de 24 de maio de 2012), a coleta de imagens durante manifestações realizada por meios de comunicação alternativos, dentre outros. Para mais informações ver estudo da Agência de Notícias dos Direitos da Infância (ANDI, 2009).

# A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O NOVO PROCESSO CIVIL

THÁIS BENTES LEONEL  
TATIANA PRATES MOTTA

RESUMO: A desconsideração da personalidade jurídica, em que pese tem como finalidade a preservação da personalidade jurídica e da responsabilidade civil da sociedade, constitui-se como mecanismo de insegurança para aqueles que contraem obrigações do negócio jurídico, posto que afastam a autonomia patrimonial dos bens da sociedade empresária e de seus sócios.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração; Personalidade Jurídica; Direito Societário; Direito Comercial; Direito Processual Civil.

ABSTRACT: The disregard of the legal persona, has by means, the prevail of the legal persona and civil responsibility of the society. Establishes as an insecurity mechanism for those who contract liabilities of legal business, as they push away the patrimonial autonomy of entrepreneurship society goods and its partners.

KEYWORDS: Disregard; Legal Personality; Corporate Law; Commercial Law; Civil Litigation.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Processual Civil; Direito Empresarial; Direito Tributário

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Efeitos da Personalidade Jurídica; 3 Teoria da Desconsideração; 3.1 Desconsideração Inversa; 4 Considerações Finais

## 1 INTRODUÇÃO

A personalidade jurídica é uma aptidão genérica para adquirir direito e contrair obrigações. É este atributo que determina a possibilidade de pessoas naturais ou não figurarem nas relações jurídicas.

A origem desta teoria esta do direito anglo-americano onde era chamada de *"disregard doctrine"*. Esta concepção advém de conceitos jurídicos, econômicos e culturais que não possuem qualquer traço semelhante ao direito interno.

É visível esse conceito tratando de pessoa natural, no entanto quando está relacionado à pessoa jurídica aquele é fictício, já que, este organismo criado pelo direito, visa apenas determinar que um grupo de pessoas de mesmo fim seria diferente das pessoas naturais que o compõe. Sendo assim as pessoas jurídicas tem autonomia patrimonial distinta dos seus integrantes.

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica é uma teoria criada para afastar, momentaneamente, esta autonomia patrimonial que as pessoas jurídicas possuem como forma de viabilizar a satisfação de obrigações contraídas. É um instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica.

*"Nada mais são do que típicos preceitos de responsabilidade civil especial por ato ilícito diretamente atribuível aos gestores e controladores da pessoa jurídica, sem que se possa entender a razão pela qual tais normas são tratadas no contexto da superação da personalidade jurídica da sociedade, ainda mais diante do singelo argumento de que o simples obstáculo da separação patrimonial decorrente da personificação societária é razão insuficiente à sua equiparação genérica ao regime do ato ilícito decorrente da teoria da desconsideração"* (NUNES, 2010, pg. 30)

No entanto, vale ressaltar que desconsideração não é o mesmo que despersonalização. A desconsideração é um afastamento temporário do óbice que aquela personalidade jurídica representa para a satisfação das obrigações. O juiz não desfaz o ato constitutivo daquela sociedade. Porém despersonalizar é justamente

extinguir a personalidade jurídica, o que é mais drástico, já que a teoria da desconsideração não busca o fim da pessoa jurídica.

O sistema judiciário brasileiro tem por finalidade o equilíbrio quanto aos poderes atribuídos aos institutos de direito privado, sendo eles relativos ou absolutamente determinados. No entanto, quando observadas condutas que levam a desconfiar da correta administração dos bens e capital daquela entidade, o judiciário tem como uma das soluções a desconsideração daquela na intenção de atingir o sócio (pessoa física). o julgador pode ultrapassar limites atribuídos pela Carta Magna ou até mesmo ignorá-los.

## 2 EFEITOS DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Um dos principais efeitos da personalidade jurídica é a autonomia patrimonial, ou seja, a personalidade jurídica faz com que a empresa passe a ter um patrimônio próprio e autônomo em relação ao patrimônio dos sócios que constituíram aquela sociedade. Igualmente, significa que o patrimônio pessoal dos sócios, nos casos das sociedades limitadas e EIRELI, não mais respondem pelas dívidas contraídas pela pessoa jurídica.

Ao desmascarar a personalidade jurídica não deve ser somente levado em conta o patrimônio dos sócios administradores, controladores e diretores de uma mesma sociedade, mas sim todas as pessoas naturais e jurídicas que detém capital, direta ou indiretamente, e controle daquela sociedade.

Pode-se falar aqui da responsabilidade subsidiária, onde não há compartilhamento entre devedores, mas sim apenas um devedor principal. No entanto, caso este não cumpra com as obrigações da sua parte, outro responderá subsidiariamente, como é o caso do fiador, no Direito Civil.

Essa limitação da responsabilidade subsidiária, que no fundo é uma limitação dos riscos da atividade empresarial, é um importante incentivo ao empreendedorismo, pois aquele que cria uma pessoa jurídica para explorar uma atividade empresarial sabe que, derivado dessa autonomia, as suas perdas eventualmente existentes em virtude dessas atividades empre-

sarias ficarão limitadas ao montante do seu investimento, que encoraja, eventualmente, a empreender.

No entanto, essa mesma autonomia pode dar lugar à fraude, a prática de desvios, entre outros comportamentos que podem ser prejudiciais a outros agentes econômicos. Em virtude disso, fora criada a teoria da desconsideração.

### 3 TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO

O precedente primordial que adotou a teoria da *disregard of legal entity* ou da desconsideração da personalidade jurídica, permitindo que se levantasse o véu da corporação ou da sociedade para atingir os bens dos sócios, foi o caso Salomon na Inglaterra em 1897.

Esse caso envolveu um comerciante chamado Arrow Salomon que alienou seu fundo de comércio para uma pessoa jurídica criada por ele mesmo. Posteriormente essa corporação foi declarada insolvente (insolvente) e sua autonomia patrimonial veio a se apresentar como empecilho para que os credores pudessem acionar ou atingir o patrimônio pessoal do comerciante Arrow Salomon.

Em decisão de primeira instância na Inglaterra houve o principal precedente que aplicou a teoria da desconsideração.

No Brasil essa teoria foi adotada, principalmente, pelo professor Rubens Requião (apud VENOSA, 2010, pg. 280) que dizia: "todos percebem que a personalidade jurídica pode vir a ser usada como anteparo da fraude, sobretudo para contornar as proibições estatutárias do exercício do comércio ou outras vedações legais".

A primeira doutrina que trouxe essa teoria disposta em seus artigos foi o Código do consumidor, e, posteriormente, o Código Civil. Essa teoria ainda foi adotada na legislação extravagante, como a Lei Anti-trust e a legislação ambiental.

Uma vez aplicada, apenas afastam-se os óbices daquela autonomia patrimonial para atingir os bens dos sócios. A pessoa jurídica continua existindo e para outros atos não atingidos pela desconsideração, sua autonomia continua plenamente vigente.

Para a aplicação da teoria da desconsideração exigem-se alguns pressupostos, dependendo também do tipo da subteoria que se pretende adotar.

A doutrina divide a desconsideração em duas teorias de acordo com o grau de exigência para se desconsiderar a personalidade, a teoria maior e a teoria menor.

A teoria maior traz a desconsideração com mais rigidez podendo ser realizada por meio de duas outras subteorias. A teoria maior subjetiva determina que a desconsideração deve ser aplicada nos casos em que a autonomia patrimonial seja usada como meio de fraude ou de abuso de direito. No entanto, a teoria maior objetiva preconiza a adoção da desconsideração quando houver confusão patrimonial, ou seja, quando se confundam, em eventuais atos, os patrimônios da sociedade da pessoa jurídica e dos seus sócios.

Por sua vez, a teoria menor é menos exigente quanto aos requisitos. Essa teoria, que vem sendo objeto de muita crítica na doutrina, preconiza que a desconsideração pode ser aplicada pela simples insolvência ou insolvabilidade da pessoa jurídica. Ou seja, basta que a pessoa jurídica não tenha recursos ou não esteja solvente ou solvável, para que ela possa ser desconsiderada e assim atingidos os bens pessoais dos seus sócios.

O código civil, em seu artigo 50, adotando claramente a teoria maior, permitiu a desconsideração no caso de abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.

*Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado*

*pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.*

Já a lei 9.605 de 1998, em seu artigo 4º, que cuida de matéria ambiental, fez opção pela teoria menor da desconsideração, permitindo que esta ocorra sempre que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos ao meio ambiente

*"Artigo 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.*

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 28, e a Lei Anti-trust (Lei 8.884 de 1994) são parecidas, pois trazem pressupostos tanto da teoria maior quanto da teoria menor. Elas trouxeram hipóteses que nada tem haver com a teoria da desconsideração, tal qual a prática de infração da Lei ou de fato o ato ilícito, a violação dos estatutos ou contato social pelos sócios, o que, por si só, nada tem haver com a desconsideração, e já permitia, ainda no ordenamento anterior, a responsabilização pessoal dos sócios.

*"Artigo 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração".*

A jurisprudência falimentar, tributária e trabalhista, mesmo que sem uma referência legal específica nas suas áreas de atuação, tem aplicado nos casos concretos a teoria da desconsideração.

*PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. POSSIBILIDADE. PESSOAS FÍSICAS. ADMINISTRADORES NÃO-SÓCIOS. GRUPO ECONÔMICO. DEMONSTRAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CITAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. AÇÃO REVOCATÓRIA. DESNECESSIDADE. 1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos, mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos. 2. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses. 3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social. 4. O contador que presta serviços de administração à sociedade falida, assumindo a condição pessoal de administrador, pode ser submetido ao decreto de extensão da quebra, independentemente de ostentar a qualidade de sócio, notadamente nas hipóteses em que, es-*

tabelecido profissionalmente, presta tais serviços a diversas empresas, desenvolvendo atividade intelectual com elemento de empresa. 5. Recurso especial conhecido, mas não provido. (REsp 1266666/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 25/08/2011).

Nela basta à existência do prejuízo ao credor e que a personalidade jurídica represente um obstáculo à satisfação da obrigação, não havendo qualquer outro requisito objetivo ou subjetivo a ser cumprido.

Há hipóteses em que o inadequado do uso do princípio da desconsideração constitui violação de garantias constitucionais, tal como ultrapassar a pessoa do condenado.

A personalidade jurídica funciona como uma aptidão genérica para que os entes empresariais possam contrair direitos e obrigações.

O empresário individual utiliza da personalidade de pessoa natural para o exercício da atividade empresarial. Logo, os direitos e obrigações contraídas por esse empresário podem se confundir com os direitos pessoais. Sendo assim, seus bens particulares podem responder por dívidas empresariais.

Na EIRELI e empresas de responsabilidade limitada, pessoas de direito privado, respondem aqueles patrimônios que somente fazem parte da pessoa jurídica, ou seja, aqueles que correspondem a elementos da atividade empresarial.

Esta denominação (limitada) visa proteger, blindar os bens patrimoniais dos sócios para que não sejam atingidos ao que concerne a satisfação de obrigações da empresa.

### 3.1 DESCONSIDERAÇÃO INVERSA

A desconsideração envolve a superação da autonomia patrimonial para que se possam atingir bens dos sócios. No entanto, a doutrina vem admitindo a aplicação de uma modalidade de desconsideração chamada desconsideração inversa, que permite o caminho justamente contrário. Ou seja, que os credores sócios possam atingir, por dívidas desses mesmos sócios, o patrimônio da sociedade.

Nesta hipótese o sócio utiliza da personalidade jurídica para ocultar seu patrimônio pessoal – invertendo-se a regra tradicional. Buscam-se na pessoa jurídica os bens pessoais do sócio, blindados pela existência da figura jurídica.

Pode-se verificar a admissão dessa teoria, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, no direito de família. Ocorre quando um dos cônjuges, fraudulentamente, para evitar o pagamento dessas obrigações, aliena o seu patrimônio para a pessoa jurídica da qual ele é sócio. Nesses casos, a jurisprudência admite, efetivamente, que os credores possam executar o patrimônio da pessoa jurídica da sociedade que, por fraude do sócio, foi transferido a ela.

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO. AGRAVO. ESPÉCIE POR INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA. BEM DE PROPRIEDADE DO CÔNJUGE. REGIME DE CASAMENTO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. ALIENAÇÃO JUDICIAL DE BENS DO CASAL. POSSIBILIDADE. FIRMA INDIVIDUAL. COMERCIANTE INDIVIDUAL. RESPONSABILIDADE ILIMITADA. PATRIMÔNIO. CONFUSÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. Recurso provido 1. Do regime da comunhão universal de bens. Prevista no ordenamento jurídico à alienação judicial de bens do casal para pagamento de dívidas de qualquer dos cônjuges, desde que, após a liquidação, seja garantido, o quinhão pertencente ao cônjuge prejudicado. 2. Da comunicabilidade do patrimônio - Firma Individual. A constituição da firma individual se dá apenas*

*para que a pessoa física possa exercer a atividade do comércio, sem, contudo, gerar dúplice personalidade, isto porque, há uma confusão entre a personalidade da empresa com a da pessoa física. Diante da ausência de diferenciação entre ambas, o sócio individual responde ilimitadamente, não apenas com o patrimônio da empresa, como também com os bens particulares. (TJ-PR - AI: 4408699 PR 0440869-9, Relator: Jurandyr Souza Junior, Data de Julgamento: 28/11/2007, 15ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7507).*

*JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. RECLAMAÇÃO REGIMENTAL. EXECUÇÃO. NOTAS PROMISSÓRIAS. DEFERIMENTO DE PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA DE BENS. ACERTO DO DECISUM. EVIDÊNCIA DE UTILIZAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA PARA OCULTAÇÃO OU DESVIO DE PATRIMÔNIO PESSOAL PARA PREJUDICAR DIREITO DE TERCEIROS. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E DESVIO DE FINALIDADE. RECLAMAÇÃO CONHECIDA, MAS IMPROVIDA. 1. COM BASE NA PROVA DOS AUTOS, VERIFICA-SE A EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS (ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL, QUE TRATA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PROPRIAMENTE DITA) PARA O DEFERIMENTO DA MEDIDA, QUAIS SEJAM, ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, DESVIO DE FINALIDADE E/OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. 2. A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA PERMITE ALCANÇAR BENS DO DEVEDOR QUE SE UTILIZA DE PESSOA JURÍDICA PARA OCULTAR OU DESVIAR SEU PATRIMÔNIO PESSOAL, PREJUDICANDO, DESSA FORMA, SEUS CREDORES. 3. OS ARGUMENTOS TRAZIDOS PELO RECLAMANTE NÃO ENCONTRAM AMPARO NA PROVA DOCUMENTAL. POR OUTRO LADO, A DECISÃO ATACADA ESTÁ DEVIDAMENTE FUNDADA EM RAZÕES JURÍDICAS E EM PROVA DOCUMENTAL REUNIDA AOS AUTOS DO PROCESSO PRINCIPAL, RAZÃO POR QUE DEVE SER INTEGRALMENTE MANTIDA. 4. RECLAMAÇÃO CONHECIDA, MAS IMPROVIDA. DECISÃO LIMINAR REVOGADA. MANUTENÇÃO DA PENHORA REALIZADA NA AÇÃO EXECUTIVA. 5. SEM CUSTAS PROCESSUAIS NEM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. (TJ-DF - DVJ: 20130020094277 DF 0009427-98.2013.8.07.0000, Relator: DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA, Data de Julgamento: 23/07/2013, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE : 25/07/2013 . Pág.: 239).*

A teoria da desconsideração inversa, que tem por base a autonomia patrimonial de uma pessoa jurídica, deixa de incentivar alguns empreendedores, posto que, processualmente, aquela não equaciona a quem a desconsideração se refere, se seriam aos controladores ou a todos. Portanto, aos empresários afasta-se a segurança jurídica no que concerne a seus bens pessoais, vez que estes poderão responder nas relações jurídicas em que os bens servem como garantia para pagamento.

### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vale ressaltar a diferença da desconsideração inversa da desconsideração indireta, já que esta ocorre entre sociedades controladas e controladoras. Nesta figura levanta-se o obstáculo da sociedade controlada para atingir a sociedade controladora, que usa da primeira para a prática de atos fraudulentos ou abusivos.

No direito brasileiro o magistrado tem atacado os bens dos sócios afastando seu direito de defesa, usando como requisito a desconsideração, sem a necessidade de ação autônoma, para expropriar bens particulares. O novo código traz a previsão de que a parte demonstre aos autos que não fora efetuada tal gestão temerária.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 17ª ed. São Paulo: Rideel; 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume 1 - parte geral*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstituindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 1ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine). *Revista dos Tribunais*, Volume 410, 1969.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Parte Geral*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.



# CONSTITUCIONALISMO E ESTADO MODERNO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO PLURINACIONAL NA BOLÍVIA E EQUADOR

REINALDO SILVA PIMENTEL SANTOS<sup>1</sup>  
DANIELA RECCHIONI BARROSO<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar a experiência observada no Equador e na Bolívia, sendo apresentada como Estado Plurinacional. Para tanto, parte-se da análise do conceito de democracia, verificando a necessidade de superação da concepção democrática representativa para a democracia participativa. Ainda, observa-se o papel desenvolvido pelo constitucionalismo e seu embate essencial com a democracia. Nesse universo, verificar-se-á a concepção de ideologia, além de sua utilização perante a formação dos estados nacionais ou modernos. Conclui-se que o estado plurinacional – conforme observado no Equador e na Bolívia – reflete uma nova concepção de participação social, desconstruindo a imposição de identidade e nacionalidade anteriormente observadas. Essa maior participação remete a um sentimento de pertencimento do indivíduo que, ante o exposto, retoma o espaço público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia, Constitucionalismo, Plurinacionalidade.

**ABSTRACT:** This article intends to show the experience lived in Ecuador and Bolivia, like "Multinational State". Therefore, it starts from the analysis of the concept of democracy, verifying the need to overcome the design representative democracy to participatory democracy. Still, there is the role played by constitutionalism and its clash essential to democracy. In this universe, there would be the conception of ideology, beyond its use in formation of national states or modern. We conclude that the multinational state – as noted in Ecuador and Bolivia – reflects a new conception of social participation, deconstructing the imposition of identity and nationality previously observed. This increased participation leads to a feeling of belonging of the individual, compared to the above, takes over public space.

**KEYWORDS:** Democracy, Constitutionalism, "Multinational State".

**SUMÁRIO:** 1 Democracia, Constitucionalismo e Formação do Estado Moderno; 1.1 Revisitando o Conceito de Democracia; 1.2 O Papel do Constitucionalismo e a Formação do Estado Moderno; 2 Ideologia e Formação dos Estados Nacionais; 2.1 Ideologia – Breves Considerações; 2.2. A Ideologia na Formação dos Estados Nacionais; 3 O Estado Plurinacional; 3.1. Novas Perspectivas e Plurinacionalidade; 4 Considerações Finais.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito Constitucional

## 1 DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO

### 1.1 Revisitando o conceito de democracia

O conceito de democracia sofreu significativas modificações desde o seu surgimento na Grécia Antiga. Etimologicamente, o termo advém de 'demos', povo, e 'kratos', poder, ou seja, poder do povo. Entretanto, a democracia contemporânea não possui o mesmo significado que aquele presente na Grécia Antiga.

Em Atenas, no século V a.C., quando se consolidou no governo de Péricles a democracia era direta e possuía como princípio maior a igualdade. Essa era essencialmente política, sem se estender à igualdade social ou econômica, por não serem conceitos existentes naquela época. Por ser política, a isonomia - igualdade perante a lei - e a isegoria - igualdade de fala - eram de extrema importância para o exercício democrático. Os cidadãos atenienses (homens livres e com idade superior a 20 anos) se reuniam na ágora para decidir sobre as questões da polis, debatendo diretamente sobre as melhores escolhas para a sua coletividade.

Ressalta Bobbio (1998) que a mudança no conceito do termo democracia não se dá relativamente à modificação de quem é considerado titular da soberania política, posto que este sempre será o povo, mas sim na forma como se constitui tal democracia. A democracia em sua concepção contemporânea se demonstra

muito mais ampla e subjetiva do que a democracia grega, pois além de não excluir seu significado anterior, agrega a ele outras idéias que se tornam relevantes na modernidade.

Conforme Maria Cristina Seixas Vilani "somos diferentes dos antigos porque nossa democracia assenta-se em premissas e valores que a política grega desconhecia" (2000, p.20). Tem-se na modernidade uma democracia representativa, muito mais complexa que a grega devido às condições atuais dos Estados modernos. A contemporaneidade traz consigo a idéia de um Estado constitucional, juntamente com a soberania dos povos e respeito às minorias.

*O poder popular, para o moderno, não é concebido como o direito do governo e sim como direito de autorizar o governo e de impedir o arbítrio do governante. Nas palavras de Matteucci, a democracia, como nós a conhecemos, consiste em um 'complexo processo de formação da vontade política que partindo dos cidadãos, passa pelos partidos e pela assembléia e culminada na ação do Governo, limitada pela lei constitucional (VILANI, 2000, p.24)*

Não obstante, cumpre a democracia representativa passar por diversas mudanças para que possa transcender a teoria e efetivar de fato seu conceito atual. Na prática percebe-se o que a democracia esconde, havendo um jogo de poder econômico, em que não é a vontade do povo que se faz, mas a vontade dos próprios representantes. Nesse sentido, nos aponta Maressa da Silva Miranda:

*o simples direito de voto, ou a mudança periódica de governantes, por si só, não representa a democracia. O discurso democrático pregado pelos Estados ocidentais serve apenas de fachada para esconder o real poder que prevalece nestas sociedades: o poder econômico. (MIRANDA, 2010, p. 11)*

O problema da representatividade ganha novos traços quando a concepção de participação é colocada. Trata-se da inserção da sociedade civil organizada, não mais aceitando a idéia de representada, mas buscando efetivamente o diálogo e execução dos interesses da coletividade. Assim como o modelo democrático observado na Grécia antiga é inaceitável para a democracia moderna, a concepção representativa vêm demonstrando sua incapacidade, sendo que a concepção participativa surge como nova possibilidade. Nesse sentido, conforme apresentado por MAGALHÃES (2002, p.163)

*Hoje, com a necessária inserção da idéia de participação (democracia participativa) como elemento essencial para que a democracia representativa seja efetivamente democrática, não podemos aceitar a idéia de que os representantes atuem em seu próprio nome, ignorando a vontade do povo. (...) Diante de uma sociedade cada vez mais complexa, podemos dizer que a democracia representativa irá cumprir um papel importante no processo democrático, que é o de, principalmente, dar transparência, visibilidade, aos grandes debates, aos grandes temas nacionais e globais, permitindo que a sociedade organizada atue de forma democrática nos meios de comunicação social, nas ruas, nos sindicatos, enfim, podemos dizer que o elemento mais democrático desse processo é o povo nas ruas (MAGALHÃES, 2002, p. 163)*

## **1.2 O Papel do Constitucionalismo e a Formação do Estado Moderno**

Realizada as devidas considerações sobre a democracia e a necessidade de superação de sua concepção essencialmente representativa, cumpre observar o papel do Constitucionalismo. Esse nasce com um viés liberal e não democrático, em 1211 com a elaboração da Magna Carta inglesa. Surge para limitar o poder do Estado e garantir os direitos à propriedade, segurança e privacidade. Apenas no século XVIII, com a Revolução Francesa, que a Constituição passou a representar parte da vontade soberana do povo. Com o passar do tempo as Constituições passaram a proteger direitos sociais e econômicos, além dos direitos civis e políticos já contemplados. Nesse sentido e utilizando-se do exemplo do voto para demonstrar a evolução de textos constitucionais, aponta MAGALHÃES (2009)

*A fusão entre democracia e constituição ocorreu apenas na segunda metade do século XIX, quando então, por força dos movimentos operários e dos partidos de esquerda conquistou-se primeiramente o voto igualitário masculino, para depois de algum tempo, gradualmente, conquistar-se o sufrágio universal com o voto igualitário e o fim da discriminação de gênero. (MAGALHÃES, 2009)*

Juntamente com a concepção de evolução do constitucionalismo, cumpre observar as diversas divergências quanto o poder constituinte ao definir sua natureza, amplitude e titularidade. Quanto à sua natureza a questão se refere ao Poder Constituinte ser um poder de Direito ou ser um poder de fato. Em relação à sua amplitude, alguns autores defendem que o Poder Constituinte se limita a criação originária do Direito e outros o percebem com algo mais amplo, com uma criação derivada do Direito por meio da reforma do texto constitucional. No que tange à titularidade, Sieyès defende que o Poder Constituinte é produto da vontade da nação, e outros autores consideram-no fruto da soberania do povo.

Apesar dos conceitos 'democracia' e constitucionalismo' serem apresentados hoje com indiscutível proximidade, é possível observar-se uma tensão entre ambos, uma vez que este pressupõe segurança e estabilidade, enquanto aquela enseja a mudança, evolução e pretensão de transformar a sociedade constantemente. Ainda assim, o constitucionalismo possui papel essencial para a democracia, uma vez que limita a arbitrariedade do Estado e garante que o direito das minorias não seja desrespeitado. Dessa forma

*Esta fusão entre democracia e constituição ocorreu trouxe a importante noção de 'democracia com segurança' que se transformou com o tempo na idéia de que a vontade da maioria tem limites de decisão, estabelecidos na obrigatoriedade de respeitar os direitos das minorias e no núcleo duro de qualquer constituição: os direitos fundamentais" (MAGALHÃES, 2009)*

Ora, bem é sabido que a democracia enseja mudanças. As concepções apresentadas pelo titular do poder constituinte em um determinado momento histórico serão reconstruídas, adotando novas perspectivas e sentidos. Entretanto tais mudanças não podem ultrapassar limites previamente estabelecidos, limites esses apresentados como os direitos fundamentais. Nesse universo, observa-se a importância que o constitucionalismo adquire. Dessa forma, percebe-se a importância da tensão observada por José Luiz Quadros de Magalhães (2009) entre a democracia e o constitucionalismo. Pode-se afirmar que a super-expressão do constitucionalismo significaria a desconsideração das evoluções do grupamento social, enquanto a super-expressão da democracia ensejaria uma ditadura da maioria.

Nesse universo, cumpre verificar o advento da formação do Estado Moderno, sua ligação com a democracia e o constitucionalismo. Este surge na forma de Estado Nacional, devido à decadência do feudalismo e a necessidade de restabelecer a ordem da Europa no século XV. À época, a burguesia buscava a unificação de moedas como mecanismo facilitador das transações comerciais que vinham reaparecendo. Não só, os senhores feudais queriam a proteção dos reis contra os camponeses que começavam a se revoltar.

Para o sucesso desse empreendimento, o rei não podia ter nenhum vínculo com as etnias presentes no território que seria futuramente o Estado Nacional. Deveria ser criado um meio de uniformização capaz de satisfazer a maioria das etnias pré-existentes e que pudesse expulsar os que não fossem semelhantes o bastante. Assim,

*a tarefa de construção do Estado Nacional (do Estado Moderno) dependia da construção de uma identidade nacional, ou em outras, da imposição de valores comuns que deveriam se compartilhados pelos diversos grupos étnicos, pelos diversos grupos sociais para que assim todos reconhecessem o poder do Estado, do soberano. (MAGALHÃES, 2009)*

Se na Europa a formação do Estado Nacional se deu com a invenção de uma nacionalidade, na América Latina esse processo ocorreu de forma diferente. No decorrer do século XIX, com as lutas de independência surgem os Estados Modernos na América Latina. Em sua maioria, estes Estados foram constituídos por uma pequena parte da população, descendentes de europeus.

Devido a esta formação do Estado Moderno na América Latina, sem que houvesse nenhum tipo de interação com a cultura pré-existente no continente ou com a cultura dos imigrantes forçados; não se permitiu que a identidade destes povos fosse incluída no conceito de nacionalidade criado. Os povos nativos foram totalmente excluídos do processo de construção da nação latino-americana. Em outras palavras,

*em toda a América, milhões de povos originários (de grupos indígenas os mais distintos) assim como milhões de imigrantes forçados africanos, foram radicalmente excluídos de qualquer idéia de nacionalidade. O direito não era para as maiorias, a nacionalidade não era para estas pessoas. Não interessava às elites que indígenas e africanos se sentissem nacionais. (MAGALHÃES, 2009)*

Em grande parte, o sentimento de pertencimento, de nacionalidade será de grande importância para o Estado Moderno. A ausência de participação nos espaços públicos pode ser apresentada como consequência da inexistência do sentimento de nacionalidade. Não só, a ausência do sentimento de pertencimento, de nacionalidade e consequente inexistência de participação nos espaços públicos passa a ser importante instrumento na manutenção do status quo.

Conforme apresentado, na América Latina nunca interessou as elites européias que os povos originários e escravos africanos sentissem como parte dos novos estados. Caso contrário, esses que aproximavam de 80% da população iriam questionar as estruturas de poder, retirando o poder da elite européia. Como forma de exclusão desses povos originários e escravos africanos, cumpre analisar a formação da ideologia e suas consequências para o Estado Nacional.

## **2 IDEOLOGIA E FORMAÇÃO DOS ESTADOS NACIONAIS**

### **2.1 Ideologia – Breves considerações**

Seguindo a concepção de Karl Marx (1988) ideologia é o conjunto de idéias, crenças, conceitos e valores que um grupo impõe a outro a fim de dominá-lo. Segundo Marx, é o mascaramento da realidade, da verdade através da universalização de interesses particulares de um determinado grupo. Dessa forma, os indivíduos sob a ação da ideologia não percebem que estão sendo oprimidos, determinados e limitados, por estarem vivendo uma fantasia, e não a realidade.

Trata-se de um véu espesso que encobre e distorce a realidade, condicionando as pessoas a verem as coisas de uma maneira única e pré-determinada. Ou seja, a ideologia é uma forma de interpretar o mundo por meio da criação de estereótipos e pré-conceitos, que são considerados dogmas, verdades absolutas, impossíveis de modificação.

A linguagem é um instrumento ideológico, uma vez que as palavras, segundo o filósofo alemão Friedrich Nietzsche, são meras invenções, que não dão um significado, mas impõe interpretações. A linguagem

*É, assim, nosso meio de acesso ao mundo, aos outros e à verdade, mas também o instrumento do engano, do falso e da mentira; a linguagem cria, interpreta e decifra significações, podendo fazê-lo misticamente ou logicamente, magicamente ou racionalmente, simbolicamente ou conceitualmente. (CHAUI, 1998, p. 190)*

A alienação, outro conceito de Marx, é consequência da ideologia. Alienação é o aprisionamento do pensamento de muitos às idéias de outros poucos. Uma vez alienados, os indivíduos passam a raciocinar e agir conforme a vontade do grupo dominante. Os indivíduos não se reconhecem como os criadores da sociedade, da história, da cultura e da política. Creem que as instituições sociais e políticas são obra da Natureza, da Razão ou de Deus. Ademais, submetem-se às condições sociais, políticas e culturais de sua sociedade por não poderem controlá-las ou alterá-las. Destarte, por estarem condicionadas e moldadas pela sociedade, as pessoas consideram-se seres livres, possuidores de livre-arbítrio, e não percebem a opressão.

Em outras palavras,

*a alienação se exprime numa 'teoria' do conhecimento espontânea, formando o senso comum da sociedade. Por seu intermédio, são imaginadas explicações e justificativas para a realidade tal como é diretamente percebida e vivida. (CHAUI, 1998, p. 220)*

Assim, a ideologia, por meio da alienação, determina a mentalidade do ser humano. Devido à esse caráter determinista, a ideologia se contradiz com o Existencialismo. Essa corrente filosófica sustenta que o homem é um ser existente, sendo a existência uma auto-determinação consciente e livre. Ou seja, o indivíduo decide ser e é responsável pelos seus atos, não havendo espaço para escusas. Além disso, não há verdades a priori, uma vez que o homem não é pré-definido. Isso significa que os existencialistas são contrários à ideologia, pois não acreditam que a essência precede a existência.

A idéia de ideologia também é combatida pela Escola de Frankfurt. A filosofia dessa escola acredita que a razão filosófica, de caráter crítico, foi convertida, ou melhor, pervertida pelo Iluminismo em razão instrumental. O movimento iluminista, de concepções capitalistas, criou o mito do progresso linear ilimitado, que só poderia ser conquistado com a dominação da natureza.

Destarte, a razão se tornou doente e viciada, por se colocar a serviço da destruição do meio ambiente, além de tornar os homens instrumentos dos próprios homens. Graças à ideologia econômica e política da época, a razão mascarou a realidade destrutiva do progresso iluminista e deixou de refletir sobre ela mesma – fato este que é uma exigência clássica da filosofia. Por causa disso é afirmado que *"o Iluminismo incinerou os últimos restos de sua própria consciência de si."* (ADORNO; HORKHEIMER, 1985)

Outra crítica da Escola de Frankfurt refere-se à indústria cultural. Cúmplice da ideologia capitalista, essa "indústria" massifica a cultura, distribuindo imagens e necessidades artificiais que tornam os indivíduos em simples consumidores. Com isso, há uma falsificação das relações sociais, além de que os homens não desenvolvem suas consciências devido à alienação.

A sociedade impõe necessidades e sonhos aos indivíduos, apesar de não precisarem deles. Herbert Marcuse considera como falsas essas necessidades.

*A maior parte das necessidades que hoje prevalecem, a necessidade de relaxar, de se divertir, de se comportar e de se consumir de acordo com os anúncios publicitários, de amar e de odiar aquilo que outros amam e odeiam, pertencem a esta categoria de falsas necessidades. (MARCUSE, 1967, p.75)*

Marcuse acredita, assim, que o homem é voltado somente para consumir e seguir a ideologia capitalista.

Nesse sentido observa-se como a ideologia desenvolve importante papel para a sociedade, tornando os indivíduos fantoches e seguidores das concepções de um pequeno grupo. Cumpre verificar a utilização da ideologia – conforme anteriormente analisado – para a formação dos Estados Nacionais ou Modernos.

### **2.2. A Ideologia na formação dos Estados nacionais**

Conforme anteriormente apresentado, o Estado nacional surgiu na Europa do século XV. O rei unificou o poder interno, antes detido pelos senhores feudais, e, assim, afirmou sua supremacia perante a Igreja Católica e os impérios. Entretanto, não bastou apenas concentrar o poder para formar o Estado; o rei também teve de se ligar a todos os diferentes grupos étnicos e impor valores culturais comuns a eles. Ou seja, o rei criou uma identidade nacional para unir os povos e fazer com que eles o reconhecessem e legitimassem seu poder.

Para a criação dessa identidade nacional fez-se necessária a escolha de um inimigo em comum a todos as etnias. Como exemplo, pode-se citar o caso da Espanha, que, durante a sua formação, elegeu os mouros como rivais de toda a nação. Porém, havia também outro componente dessa nacionalidade: a religião. A escolha de uma única religião para todo o Estado, além do inimigo, serviu para unir todas as etnias e foi usada como pretexto para expulsar os indesejáveis, isto é, os que não se encaixavam nos valores culturais nacionais.

Nota-se que a identidade nacional não passa de uma ideologia que foi utilizada como uma das bases para a formação do Estado nacional. Este impôs valores e conceitos aos indivíduos, sem respeitar as diferenças culturais de cada etnia. Em outras palavras, houve a massificação da cultura e a alienação dos indivíduos para uni-los a partir de um sentimento de nacionalidade em favor somente do rei. Conforme apresenta MAGALHÃES

*A formação do Estado moderno está, portanto, intimamente relacionada com a intolerância religiosa, cultural, a negação da diversidade fora de determinados padrões e limites. O Estado moderno nasce da intolerância com o diferente, e dependia de políticas de intolerância para sua afirmação. (MAGALHÃES, 2009)*

Na América Latina, o discurso ideológico também foi empregado na criação dos Estados, mas de maneira diferente da ocorrida na Europa. Neste continente, o Estado era voltado para todos aqueles que seguissem o padrão cultural e religioso imposto pelo rei. Contudo, os Estados latino-americanos foram feitos para a minoria elitista, não reconhecendo os milhões de negros e indígenas como membros do povo nacional. E isso foi realizado através da própria Constituição, que positivava os valores da minoria e os colocavam como os únicos existentes na sociedade, excluindo a tradição e a moral dos grupos étnicos oprimidos.

A Constituição, portanto, foi usada como um instrumento de implementação da ideologia elitista, que via os indígenas como inferiores. Encobria-se, dessa forma, uma realidade marcada pelas desigualdades sociais e pela exclusão dos povos originários da tutela do Direito interno. Conforme Slavoj Žižek (1992), a lei só funcionaria na medida que os subordinados fossem enganados, entendendo sua autoridade como autêntica e eterna e, desconhecendo a usurpação.

Além disso, as Constituições contemporâneas – essencialmente liberais – prevêm direitos humanos e fundamentais, mas que na maioria das vezes são meramente simbólicos. A ideologia dos direitos fundamentais refere-se à falsa visão que tais direitos são universais e estão sendo cumpridos e respeitados por todas as nações.

*A ideologia afirma que somos todos cidadãos e, portanto, temos todos os mesmos direitos sociais, econômicos, políticos e culturais. No entanto, sabemos que isso não acontece de fato: as crianças de rua não têm direitos; os idosos não têm direitos; os direitos culturais das crianças nas escolas públicas são inferiores aos das crianças que estão em escolas particulares, pois o ensino não é de mesma qualidade em ambas; os negros e índios são discriminados como inferiores; os homossexuais são perseguidos como perversos, etc. (CHAUI, 1998, p. 221)*

A ideologia liberal e capitalista coloca os interesses particulares e o poder financeiro acima do bem coletivo e de qualquer direito. Ademais, esse simbolismo dos direitos humanos abre espaço para a manipulação política, além do fato de que “a sociedade, pode perder a confiança no sistema jurídico e cair em uma inércia que impedirá a obstruirá, em parte, a evolução dos direitos.” (MAGALHÃES, REIS, 2009)

Cumprir salientar que a ideologia se fez presente não apenas na criação do Estado nacional, mas também contribuiu no surgimento e desenvolvimento dos Estados totalitários, como ocorreu na Alemanha nazista, na Itália fascista e na União Soviética stalinista. O Totalitarismo pode ser apresentado como governo de uma só idéia. Isso significa que o Estado cria uma ideologia oficial que busca a uniformidade e a unanimidade. Os cidadãos, portanto, passam a ser considerados massa, onde todos são iguais física e mentalmente. Para manter essa unidade, cria-se um ambiente generalizado de fiscalização e delação, onde não há espaço para diferenças e particularidades.

A ideologia totalitária deve ter a adesão da maioria, para que ela possa efetivamente destruir a autonomia, a identidade e a consciência dos indivíduos, impedindo que estes descubram as condições do regime e se rebellem contra ele. Utilizando a propaganda como instrumento ideológico, o Totalitarismo exalta o regime, cultua o Líder e prega a destruição do inimigo do Estado (no caso da Alemanha nazista, o inimigo a ser combatido eram os judeus):

*Os movimentos totalitários são organizações maciças de indivíduos atomizados e isolados. Distinguem-se dos outros partidos e movimentos pela exigência de lealdade total, irrestrita, incondicional e inalterável de cada membro individual. Essa lealdade total é a base psicológica do domínio total. (ARENDR, 1989, p. 414)*

Essa atomização do indivíduo e a lealdade dele para com o regime é fruto da ideologia. A imposição de valores, conceitos e crenças pelo movimento totalitário é necessária, pois, assim, o Totalitarismo pode reprimir qualquer tipo de manifestação intelectual contrária às concepções do regime e conseguir a dominação total. De acordo com Hannah Arendt (1989) as chamadas mentiras ideológicas são modificadas e converdades em mentiras concretas e de natureza universal. Essas irão exigir crença absoluta, criando um sistema formado por provas científicas que convencerá os leigos.

Conclui-se que a ideologia foi indispensável para a formação dos Estados. Provavelmente, sem a sua produção não haveria uma união dos grupos étnicos nem o sentimento de nacionalidade e de pátria. Todavia, a ideologia é um instrumento poderoso, de grande influência, que conseguiu causar relevantes transformações sociais e históricas.

Será no Estado Plurinacional que observar-se-á a reconstrução da verdadeira identidade nacional, onde o elemento unificador não reside no idioma utilizado ou na religião praticada pela maioria. Para tanto, verificar-se-á a experiência em dois países da América Latina que vêm reconstruindo a concepção de nacionalidade e identidade de seus cidadãos.

### 3 O ESTADO PLURINACIONAL

#### 3.1. Novas perspectivas e plurinacionalidade

São observados na América Latina durante o século XX, significativas mudanças relativas a condição social dos indivíduos. Como supramencionado no item 1.3, o Estado Moderno impediu os povos originários e escravos de terem acesso a direitos básicos e fundamentais, fazendo-se necessário a criação de um novo Estado ou a reconstrução do antigo, que pudesse reduzir a desigualdade social e suprir as necessidades destes. Essa nova possibilidade vem sendo tratada como *Estado Plurinacional* e observado na Bolívia e Equador.

O Estado Plurinacional superou a uniformidade e intolerância impostas pelo Estado Nacional, afastou a idéia de “museificação” (como exemplo, a idéia de que os índios são ‘intocáveis’ e

devem ser considerados como peças de museus, por serem mais frágeis, e assim, isolados), fazendo com que houvesse liberdade de credo e não mais alienação e aculturação dos povos, decorrentes da uniformização dos sistemas econômico e civil.

Além disso, trouxe novas perspectivas, dentre elas uma nova forma de se constituir a família e o sistema econômico e o reconhecimento da democracia participativa. Além de haver a aceitação dessas culturas, principalmente indígenas, tido antes como inferiores. Conforme apresentado por MAGALHÃES (2009):

*Este Estado rompe com o paradigma de 500 anos de Estado Nacional permitindo que cada grupo étnico preserve seu próprio direito de família e de propriedade e tribunais próprios para resolver os conflitos nestes âmbitos, criando um espaço de diálogo democrático onde as partes comparecem em condição de igualdade para construir uma agenda comum de Direitos Humanos.*

O significado principal do Estado Plurinacional encontra-se no multiculturalismo. Em um mesmo espaço podem ser consideradas diferentes concepções de direito, moral ou ética. Nessa realidade, perante o direito, o Estado Plurinacional propõe-se a reconstruir o direito de família e o direito de propriedade. Ante a possibilidade de convivência - conforme apresentado por José Luiz Quadros de Magalhães - o direito de família e o direito de propriedade não mais pode ser utilizado como forma de imposição a uma determinada coletividade. Em diferentes esferas de poder, os grupamentos sociais partirão a identificar seus elementos de contato, sendo plenamente legítimas suas decisões.

Como exemplo, cumpre observar a realidade na Bolívia e no Equador. Na Constituição da Bolívia, após a sua aprovação, os povos originários passaram a ter uma maior participação na política e na economia. Com isso, houve a criação de uma cota para parlamentares indígenas, que passaram a ter direitos que antes estavam longe de serem alcançados, como citado anteriormente. Foi estabelecido um nível de equidade entre as duas justiças do país: a tradicional indígena e a ordinária. Não só, merece destaque o fato de que "cada comunidade indígena poderá ter seu próprio 'tribunal', com juízes eleitos entre os moradores". (MAGALHÃES, 2009), além de ser prevista a criação de um Tribunal Constitucional Plurinacional. Não só, reconhece as diversas formas da constituição familiar. Nesse universo, conforme apresentado por ALMEIDA (sem data, p. 19-20)

*Em contra de los que podría pensarse, el reconocimiento de la especificidad étnica no fracciona la unidad de las fuerzas democráticas que se alinean en contra del imperialismo. Todo lo contrario, mientras más se robustezca la conciencia nacional de los diferentes grupos, más firme será la resistencia al imperialismo bajo cualquiera de sus formas (genocidio, imposición política, religiosa o cultural) y, sobre todo, la explotación económica.*

É interessante ressaltar a realidade na Bolívia anterior ao movimento de plurinacionalidade aqui discutido. As crises fiscais motivadas pelas privatizações deixavam o país dependente e com uma considerável dívida externa. Não só observava-se a crise de representação, na qual os partidos eleitorais tinham poucas diferenças em suas propostas e defendiam basicamente a mesma classe social (prioritariamente a elite). Há, também, crise de legitimidade, fato que assola não só a Bolívia, mas também a América Latina como um todo, que significa que os partidos, por não representarem igualmente todas as classes, vêm sofrendo uma série de críticas acerca da corrupção. Isso fez com que houvesse diversos conflitos em defesa da Assembléia Constituinte e da

nacionalização. No último elemento de crise, pode-se explicitar a crise de correspondência, que trata da não correspondência entre o Estado boliviano, seus poderes e políticas e os povos que foram marginalizados nos tempos de Estado Liberal. Esse é o ponto de crise que mais vem tendo repercussão e mais merece a atenção.

A solução para esses pontos de crise encontra-se na re-composição, ou seja, uma reforma severa entre os aspectos que não correspondem ao modelo Boliviano, entre eles a diversidade cultural. É aí que encontra, então, a idéia de Estado Plurinacional na Bolívia. Porque, por um lado, a Bolívia apresenta as chamadas nações comunitárias, ou seja, os assuntos de caráter político e econômico são resolvidos de forma comunitária.

*Lo que está en juego en Bolivia es si se reconoce y organiza una plurinacionalidad que consista exclusivamente en autonomías, es decir, la diversidad separada, o si se organiza una pluriculturalidad que comparta las mismas instituciones de autogobierno en todos los territorios y sobre todo en lo que hace a la articulación y dirección conjunta del país, y que a su vez respete la autodeterminación de los pueblos y culturas. Las tendencias recientes que tienen representación en la asamblea parecen dirigirse a una plurinacionalidad por la vía de las autonomías departamentales e indígenas. (TAPIA, 2007)*

A nova constituição boliviana foi aprovada e apresenta como seu artigo 1º como um estado unitário, social, de direito, plurinacional, comunitário, livre, autônomo e descentralizado, independente, soberano, democrático e intercultural.

Não só, a realidade equatoriana também deve ser observada. Sua Constituição desenvolve a idéia de aceitação da diversidade cultural, construindo a concepção de constitucionalismo plurinacional - baseada na diversidade cultural. Essencialmente, na realidade equatoriana observa-se a realidade de um estado intercultural e plurinacional. Será na ampliação dos direitos dos povos originários que será verificado o caráter inovador equatoriano. Nesse sentido, apresenta ALMEIDA

*Al funcionar el Estado como representación de una nación única cumple también su papel en el plano ideológico. La privación de derechos políticos a las nacionalidades no hispanizadas lleva al desconocimiento de la existencia misma de otros pueblos y convierte al indígena en víctima del racismo. La ideología de la discriminación, aunque no es oficial, de hecho esta generalizada en los diferentes estratos étnicos. Esto empuja a muchos indígenas a abandonar su identidad y pasar a formar filas de la nación ecuatoriana aunque, por lo general, en su sectores más explotados. (ALMEIDA, sem data, p. 19-20)*

A nova Constituição do Equador estabelece em seu artigo: 1º.- O Equador é um Estado constitucional das leis e da justiça, que é social, democrático, soberano, independente, singular, intercultural, plurinacional e secular. Soberania pertence ao povo, cuja vontade é a base da autoridade que é exercida através dos órgãos do poder público e através das formas de participação direta previstos na Constituição.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou o presente artigo analisar as recentes experiências observadas na Bolívia e no Equador - sendo chamados de Estados Plurinacionais. Partiu-se, inicialmente de um conceito de democracia, verificando suas alterações históricas. Se na Grécia antiga observava-se uma democracia essencialmente direta, o advento da modernidade demonstrou a impossibilidade de utilização desse mesmo modelo. Para tanto, foi adotado a noção

de democracia representativa, onde um determinado grupamento social escolhia um indivíduo que representaria o interesses da coletividade. Ora, restou devidamente demonstrado a falência da democracia representativa na contemporaneidade. Nesse universo, faz-se necessário a adoção de novas perspectivas, como por exemplo, a democracia participativa.

Tal conceito, deve ser observado juntamente com a concepção de constitucionalismo e com a formação dos estados modernos. Percebe-se o embate existente entre a democracia e o constitucionalismo. Se, em um pólo, a democracia remete a mudanças e evoluções, o constitucionalismo aponta para a segurança e manutenção jurídica. Cumpre ressaltar que o embate existente entre os dois institutos não significa a impossibilidade de co-existência, e sim a necessidade de mediação entre ambos.

A formação do estado moderno deve ser claramente analisada perante a concepção de democracia, constitucionalismo e ideologia. Seguindo a concepção adotada por Marx e reformulada por Žižek, a ideologia aponta como instrumento da dominação de uma coletividade, como forma de encobrimento do real. Ora, a ideologia terá importante papel na formação do estado moderno. Será através desse encobrimento que será construído a concepção de nacionalidade e identidade. Face o interesse de um determinado grupo, serão criadas novas concepções de identidade coletiva – identidades essas essencialmente falsas – onde o sujeito não participa de sua construção.

Na América Latina a criação dessa identidade e nacionalismo seguiu diferente ótica da Europa. Nunca houve o interesse que os povos originários e descendentes de escravos participassem do ideário coletivo. Se, na Europa, foi criada uma concepção de identidade onde apenas o mais diferente seria expulso; na América a identidade faria referência apenas a classe dominante e europeia. E, o afastamento desses povos originários e descendentes de africanos resultou em um esvaziamento e abandono da coisa e espaço público por grande parte da população.

Ante tal realidade, novas perspectivas vem sendo observadas na América Latina. Bolívia e Equador em suas recentes reformas constitucionais verificaram a necessidade de recompor o espaço público com toda a população – seja ela europeia, originária ou descendente de africanos. A crise da representatividade – comumente observada na América Latina – foi desconstruída nos citados países. O chamado Estado Plurinacional vem apresentando interessantes resultados, sob uma nova concepção de participação e soberania. Nessa realidade, o ente Estado admite a co-existência de diferentes formas do direito de família e de propriedade. Cada grupamento social é plenamente capaz de construir acordos e consensos, sendo que, cabe ao estado reafirmar a validade desses acordos, decisões e consensos.

Por fim, a experiência do Estado Plurinacional vem demonstrando uma retomada dos espaços públicos por grupamentos sociais que jamais foram considerados verdadeiros sujeitos de direito. A construção de verdadeiras identidades nacionais, não impostas e sim discutidas, enseja a reconstrução do ente estado sob novas perspectivas, essencialmente democráticas.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

ALMEIDA, Ileana. El Estado Plurinacional – valor histórico e libertad política para los indígenas ecuatorianos. Ob. Cit., pág. 19.20

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. 562p

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 4º ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1998.

CHAUÍ, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998. viii, 440p.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política: volume 1 : livro primeiro : o processo de produção do capital, tomo 1 : prefácios e capítulos I a XII*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. 287 p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional – Tomo II*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Bioética no Estado de Direito Plurinacional. *Revista JusVigilantibus*. São Paulo, 29 out. 2009

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; REIS, Carolina dos. A ideologia dos Direitos Humanos. *Revista JusVigilantibus*. São Paulo. 06 abr. 2009.

MARCUSE, Herbert. *Ideologia da sociedade industrial*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MIRANDA, Maressa da Silva. *Democracia Deliberativa e a Dimensão Normativo-Institucional dos Movimentos Político-sociais: Uma análise da Teoria Discursiva do Direito e sua compreensão na Constituição brasileira de 1988*. 2010. 102f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

TAPIA, Luis 2007 “Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año VIII, Nº 22, septiembre.

VILANI, Maria Cristina Seixas. *Origens medievais da democracia moderna*. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

ZIZEK, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem: o sublime objeto da ideologia*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1992. 197p.

## NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Email: reinaldosps@gmail.com

2 Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Email: danirecc@gmail.com

# AS VIOLAÇÕES À LEI 11.788/2008 DURANTE O INTERNATO MÉDICO

DÉBORA CAROLINE PEREIRA DA SILVA<sup>1</sup>  
ERENÍFIA ÁGATA SARAIVA NUNES<sup>2</sup>

**RESUMO:** Embora as disposições acerca da celebração de contratos de estágio não sejam regidas, a princípio, pelo Direito do Trabalho, a desobediência aos comandos legais sobre a matéria podem espalhar efeitos na esfera trabalhista, cível e criminal. Por esta razão, o presente artigo tem por escopo primevo abordar as violações à Lei do Estágio (11.788/2008) tão recorrentes durante o período de internato dos cursos de medicina, e analisar as consequências jurídicas que tais violações podem acarretar, seja para o acadêmico, seja para o médico que tem o dever legal de supervisionar diretamente o estagiário. Para tais fins, serão utilizadas doutrinas, jurisprudência e a legislação em vigor pertinente às circunstâncias de estágio obrigatório, em especial relativas e aplicáveis aos acadêmicos do curso médico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei do Estágio. Estágio Obrigatório. Internato Médico. Violações e Abusos à Lei do Estágio.

**ABSTRACT:** Although the provisions on the conclusion of the internship contract is not governed at first by the Labour Law, disobedience to legal commands on the subject can generate effects in labor, civil and criminal. For this reason, this paper's main objective is to address the violations of the Law Internship (11.788/2008) as applicants during the boarding of medical courses, and analyze the legal consequences of such violations may lead either to the academic either for the doctor who has a legal duty to directly supervise the intern. For such purposes, doctrines, jurisprudence and legislation in force relevant to the circumstances of compulsory internship, especially regarding academic and applicable to the medical course will be used.

**KEYWORDS:** Law Internship. Required stage. Medical internship. Abuses and Violations of the Law Internship.

**ÁREA DE INTERESSE:** Direito Privado com ênfase em Direito do Trabalho.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Breve Distinção entre Contrato de Trabalho e Contrato de Estágio. 3. Abordagem Geral da Lei N. 11.788/2008 e das Normas do Estágio Obrigatório. 4. Aspectos Gerais do Internato Médico. 5. As Violações à Lei 11.788/2008 Durante o Internato Médico: Análises e Consequências. 6. Conclusão. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Com o avanço do capitalismo e a expansão do neoliberalismo, tornou-se ainda maior a competitividade por espaço no mercado de trabalho, diante das novas exigências mercadológicas (relativas ao domínio de diversas habilidades) e de tecnologias diversas desenvolvidas ao longo dos anos.

E nesse novo contexto, a exploração irregular e ilegal do trabalho do estagiário para redução de custos finais de empresas "tomadoras dos serviços prestados" por estudantes, tomou grandes proporções, passando a ter destaque recorrente na mídia e nos Tribunais brasileiros, levando o ordenamento jurídico a adaptar-se às realidades emergentes para evitar a violação de direitos e garantias fundamentais tanto do paciente quanto do educando.

Em razão disto, o presente artigo volta-se ao estudo do estágio obrigatório de acadêmicos de medicina, pois muito embora as disposições acerca da celebração de contratos de estágio não sejam regidas, a princípio, pelo Direito do Trabalho, a desobediência aos comandos legais sobre a matéria podem espalhar efeitos na esfera trabalhista, cível e criminal.

Por este motivo, o escopo primevo deste estudo volta-se à abordagem das violações à Lei do Estágio (11.788/2008) tão recorrentes durante o período de internato dos cursos de medicina, e analisar as consequências jurídicas que tais violações podem acarretar, seja para o acadêmico, seja para o médico que tem o dever legal de supervisionar diretamente o estagiário.

Para tais fins, serão utilizadas doutrinas, jurisprudência e a legislação em vigor pertinente às circunstâncias de estágio

obrigatório, em especial relativas e aplicáveis aos acadêmicos do curso médico.

## 2 BREVE DISTINÇÃO ENTRE CONTRATO DE TRABALHO E CONTRATO DE ESTÁGIO

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 442, define o contrato de trabalho como "o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego". Contudo, a referida conceituação exige interpretação cuidadosa, pois conforme preconiza Sérgio Pinto Martins (2009, p. 78)

*O contrato de trabalho é gênero, e compreende o contrato de emprego. Contrato de trabalho poderia compreender qualquer trabalho como o do autônomo, do eventual, etc. Contrato de emprego diz respeito à relação entre empregado e empregador e não a outro tipo de trabalhador. Dai por que se falar em contrato de emprego, que fornece a noção exata do tipo de contrato que estaria sendo estudado, porque o contrato de trabalho seria gênero e o contrato de emprego, espécie.*

Diante disto, compreende-se a relação de trabalho como gênero, do qual a relação de emprego é espécie, uma vez ser a relação de emprego estabelecida após a formação contratual. Por vez, a relação de trabalho nem sempre exige a celebração formal do contrato de trabalho.

Em sendo assim, tem-se como principais elementos da relação empregatícia a pessoa física, a personalidade, a não eventualidade, a onerosidade e a subordinação ao empregador. Noutro

giro, a relação de trabalho determina como requisito configurador apenas a habitualidade em prestar o serviço, independentemente da figura do empregador (são os casos do autônomo, eventual e o avulso), embora nada impeça que ela exista. (NASCIMENTO, 2009).

Ademais, o contrato de trabalho possui natureza contratual (sem redundância do termo), sendo necessária a vontade das partes para sua formação. Tem-se como regra, de acordo com o art. 443 da CLT, que o contrato de trabalho seja consensual, não dependendo sua validade de qualquer outra formalidade. Pode, então, ser realizado de forma tácita ou expressa, verbal ou por escrito.

Saliente-se que o contrato de trabalho estabelece reciprocidade de obrigações e que os riscos do contrato são assumidos pelo empregador, ou seja, o empregado executa os serviços de acordo com as ordens do empregador, não assumindo qualquer risco pela atividade, por força do princípio da alteridade.

Lado outro, urge destacar que tratando-se de contrato de estágio, nota-se geralmente a presença da onerosidade e da subordinação, além de estabelecer uma relação tripartite, celebrado mediante ato solene.

Acerca disto, o art. 1º da Lei n. 11.788/2008 traz as disposições iniciais sobre o que se deve entender por atividade de estágio. Veja-se:

*Estágio corresponde ao ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituição de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos. (BRASIL, Lei nº 11.788, 2008).*

Portanto, o estágio pode ser considerado um negócio jurídico celebrado entre o estagiário e o concedente de estágio, sob a supervisão da instituição de ensino, mediante subordinação ao concedente, com o intuito de oferecer meios para a educação profissional do estudante. Logo, o estágio é considerado um ato educativo escolar, uma maneira de conexão entre o aprendizado do aluno na instituição de ensino e a aplicação prática no local onde se encontra vinculado: "o estágio visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho." (art. 1º, §2º da Lei do Estágio).

Pode-se dizer, então, que de certa forma que o estagiário é um "trabalhador subordinado", pois não pode ser considerado empregado, a não ser que os requisitos da legislação não sejam cumpridos. Assim sendo, o estágio abrange uma relação jurídica triangular, composta pelo estudante, pelo concedente do estágio e pela instituição de ensino.

### **3 ABORDAGEM GERAL DA LEI N. 11.788/2008 E DAS NORMAS DO ESTÁGIO OBRIGATÓRIO**

Com o passar dos anos e devido às mutações políticas, sociais, culturais e o surgimento das novas tecnologias, o mercado de trabalho tornou-se mais exigente, e a consequência real destes avanços é a maior dificuldade e a grande concorrência para que o trabalhador ingresse nesse meio. Em razão desse novo contexto, houve um aperfeiçoamento da legislação concernente à formação do estudante, sendo criada, então, a Lei 11.788/2008.

A partir de sua elaboração, a nova legislação disciplinadora da relação de estágio no Brasil passou a aplicar-se de forma imediata a todas as modalidades de estágio, com exceção do estágio

dos médicos residentes, pois além de haver legislação específica, a residência médica na verdade é considerada um curso de especialização profissional, cuja responsabilidade da instituição de saúde não é necessariamente universitária.

Ainda há que se destacar a presença de princípios importantes na Lei n. 11.788/2008, conforme salienta Zéu Palmeira Sobrinho (2008, p. 1175), sendo eles: princípio da vinculação pedagógica; da adequação e do rendimento.

O primeiro princípio, o da vinculação pedagógica, *Perpassa e inspira todo o sistema disciplinar do estágio, prendendo os objetivos deste ao escopo educativo e, em consequência, repugnando as concepções que o desvirtuam como instrumento para a distribuição de renda, artifício para se reduzir os custos de reprodução da força de trabalho ou mecanismo para a substituição de mão-de-obra permanente. O estágio vincula-se predominantemente a uma finalidade pedagógica, e não econômica. Por isso, a instituição de ensino não deve criar obstáculos ou discriminações sócio-econômicas que contribuam para dificultar o ingresso ou a manutenção do educando no programa de estágio (SOBRINHO, 2008, p. 1.175).*

Em que pese o princípio da adequação, destaca-se a importância do estágio se realizar em condições dignas e apropriadas ao estagiário, moral, física e psicologicamente. Isto explica o fato de a lei exigir que a instituição de ensino indique as "condições de adequação do estágio" (art. 7º, I), avalie a "sua adequação à formação cultural e profissional do educando" (art. 7º, II), de modo que a concedente cumpra a obrigação de "ofertar instalações que tenham condições de proporcionar ao educando atividades de aprendizagem social, profissional e cultural" (art. 9º, inciso II) (SOBRINHO, 2008, p.1.176).

Já o princípio do rendimento, presente no art. 3º, §1º da lei em destaque, ao tratar da "aprovação final", liga-se a uma cadeia de atos a serem cumpridos e realizados, tais como o de planejamento; de acompanhamento da instituição acadêmica (como ato fiscalizatório do correto cumprimento das regras do estágio); do acompanhamento e fiscalização do estagiário pelo responsável pelo estágio; da execução, supervisão e avaliação do estágio, bem como observar e avaliar o comportamento e influências do educando. Desta forma,

*O rendimento a ser apurado com a avaliação do estágio não se limita a performance da escola (projeto, acompanhamento e orientação) ou do estagiário (disciplina, envolvimento e aproveitamento), mas a de todos os responsáveis pela formação do educando, tais como a instituição concedente, a família e a sociedade. (SOBRINHO, 2008 p.1.176).*

Nessa circunstância, importante salientar que a finalidade do estágio e da lei que o conduz é simplesmente de formação educativa, pois visa preparar o educando para a vida profissional futura, dando-lhe oportunidade, aptidão e condições para ingressar no mercado de trabalho após o fechamento do ciclo de ensino, e por isso, qualquer ato de exploração irregular de trabalho do estagiário é ilegal.

Sendo assim, importante pontuar os tipos de estágios regulamentados pela Lei n. 11.788/2008: o estágio obrigatório e o facultativo, previstos no art. 2º: "o estágio poderá ser obrigatório ou não obrigatório, conforme determinação das diretrizes curriculares da etapa, modalidade e área de ensino e do projeto pedagógico do curso".

O estágio não obrigatório, em síntese, é aquele de cunho complementar. Apesar de essa modalidade ser uma opção ao educando, e tendo em vista o estágio ser uma relação trian-



gular, a instituição de ensino não está isenta de seus deveres presentes no art. 7º da lei em comento, como o de fiscalização e correta execução no que tange ao aconselhamento, avaliação e orientação do estudante.

Por vez, a segunda modalidade merece análise mais cuidadosa, pois é estabelecida como condição para que o educando conclua sua formação profissional na instituição de ensino a que se vincula. Encontra-se definido no art. 2º, §1º, da lei 11.788/2008 como “aquele definido como tal no projeto do curso, cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção de diploma”.

Por fim, ressalta-se que os estágios obrigatórios exigem da instituição de ensino que, em observância aos ditames legais pertinentes, se estabeleça uma carga horária mínima a ser cumprida pelo educando. Ademais, exige que o estagiário preste contas ao estabelecimento de ensino, apresentando periodicamente relatórios que descrevam as atividades desenvolvidas no estágio, assinados pelo profissional responsável da parte concedente que o supervisiona.

A partir de agora, após estas notas preliminares, iniciar-se-á o estudo do internato médico, considerado como estágio obrigatório e necessário para que o acadêmico em medicina obtenha o diploma de bacharel.

#### **4 ASPECTOS GERAIS DO INTERNATO MÉDICO**

Nos últimos anos, tem-se notado relevante e considerável aumento do número de acadêmicos ingressantes nos cursos de medicina pelo Brasil, diante das vastas oportunidades oferecidas pelo Governo Federal relativas à concessão de bolsas de estudos e financiamento estudantil, que permitem à grande maioria dos estudantes concluir o curso superior.

Diante deste cenário cada dia mais crescente, faz-se necessário a adoção de métodos de fiscalização eficientes para que se operem os objetivos do curso médico durante a graduação, e para que se evite prática ilegal da medicina e da exploração do trabalho dos acadêmicos no transcorrer do estágio obrigatório sem que haja a supervisão de médico habilitado perante o conselho profissional da categoria, conforme recorrentemente se noticia.

Para tais fins, mister compreender inicialmente a estrutura dos cursos médicos brasileiros para que, posteriormente, sejam analisadas em tópico autônomo as violações à lei n. 11.788/2008 no transcorrer do internato, acompanhadas das respectivas consequências jurídicas.

Precipualemente, a formação curricular do médico nas faculdades de medicina, assim como em outros cursos da área da saúde, passa por fases sucessivas e de complexidade gradual de aprendizado teórico-prático, iniciando-se o curso pelo ciclo básico com prevalência do ensino teórico.

Concluída esta fase, inicia-se o ciclo profissionalizante em que, agregado aos ensinamentos teóricos, parte-se para o ciclo de atividade prática de treinamento ambulatorial e hospitalar, sob supervisão direta de professor preceptor, o qual orienta a prática e assina todos os atos médicos realizados, assumindo total responsabilidade sobre o atendimento prestado, seja em ambulatório, seja em enfermaria.

Já no último ciclo do curso, denominado internato médico, com duração aproximada de quatro semestres, acentua-se a atividade prática na condição de estágio obrigatório, com significativa diminuição das aulas teóricas. Neste momento, almeja-se que os acadêmicos coloquem em prática os conhecimentos adquiridos ao longo dos quatro primeiros anos do curso e, assim, desenvolvam habilidades.

Nesta fase prevalecem as discussões de caráter eminente-

mente prático, além das sessões clínicas. Em outras palavras, o acadêmico aprende fazendo e consolida na prática a teoria adquirida outrora, interagindo com os pacientes e seus familiares, bem como aprendendo a lidar com as intercorrências habituais do ambiente hospitalar.

Contudo, cabe ressaltar que embora haja uma certa “autonomia” do acadêmico neste ciclo, permanece como sendo do professor preceptor, por determinação legal, todas as responsabilidades pelo atendimento, diante da falta de habilitação do estagiário para exercer a medicina.

Saliente-se que o referido período de estágio curricular passou a ter caráter obrigatório nos cursos de graduação em medicina nos idos de 1969, após a edição de Resolução do Conselho Federal de Educação decorrente do parecer n. 506/1969 do Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais. Atualmente, o embasamento jurídico do estágio do estudante de medicina encontra-se em normas regulamentadas pelo Ministério da Educação, pela Resolução do Conselho Federal de Educação n. 01 de 04/05/1989 que alterou a Resolução n. 09 de 29/05/1986, pela Lei Federal n. 11.788/2008 (Lei do Estágio) e pelo Decreto-Lei n. 2080/1996.

Ademais, observando-se de modo geral, todo o parâmetro legal, acompanhado de pareceres emitidos pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e pelos Conselhos Regionais de Medicina (CRM), destaca claramente a relevância do papel das instituições de ensino na fiscalização do internato médico, visto ressaltar nitidamente que todo estágio curricular necessita estar de acordo com as normas do projeto pedagógico da escola e ser efetivamente por ela supervisionado.

Portanto, compete à faculdade de medicina garantir ao acadêmico o estágio curricular, obedecidos os preceitos e exigências técnicas e éticas, em total observância às regras legais em vigor. Para isso, o procedimento a ser adotado é o estabelecimento formal de convênios regulares entre a faculdade e a Instituição de Saúde, visando estabelecer e delimitar as responsabilidades que recairão sobre cada polo.

Feitas estas considerações introdutórias, passa-se agora à análise das recorrentes violações à Lei do Estágio durante o internato médico e suas respectivas consequências jurídicas.

#### **5 AS VIOLAÇÕES À LEI 11.788/2008 DURANTE O INTERNATO MÉDICO: ANÁLISES E CONSEQUÊNCIAS<sup>3</sup>**

Muitas e não raras vezes são noticiados na mídia casos de desrespeito às regras básicas de estágio obrigatório nos cursos de medicina, bem como são reveladas graves fraudes entre hospitais, médicos e estagiários relativas a atendimentos realizados fora dos parâmetros exigidos, repercutindo juridicamente, uma vez que na maioria das situações acadêmico e médico respondem por crime de exercício irregular e ilegal da medicina, cujo tipo penal se encontra expresso no Código Penal Brasileiro (CPB) em seu art. 282, com sanção de seis meses a dois anos de detenção, acrescida de multa se a prática for realizada com finalidade lucrativa.

Nesse íterim, mister observar as disposições gerais da lei federal n. 11.788/2008 (Lei do Estágio), já abordadas no item 3 alhures, e que se aplicam ao estágio obrigatório do curso de medicina, conhecido como internato médico<sup>4</sup>.

Inicialmente, há se ter em mente que o estágio se caracteriza por ato educativo escolar supervisionado, cujo objetivo principal é justamente desenvolver o aprendizado de competências próprias da atividade profissional para a qual o estagiário se prepara, bem como para permitir a contextualização e integração curricular das

disciplinas do curso, classificando-se em obrigatório ou não obrigatório. Ao caso específico do internato médico aplica-se a classificação de estágio obrigatório, em que as regras são bastante claras e delimitadas.

Desse modo, inicia-se agora a análise da primeira e mais comum violação à Lei do Estágio durante o internato médico: a falta de supervisão por professor preceptor e a autonomia exacerbada atribuída ao acadêmico.

Embora a legislação aplicável aos internos de medicina preveja que o estágio deve ser supervisionado efetivamente por profissional devidamente habilitado a exercer a profissão, o que ocorre na prática viola frontalmente as disposições legais, gerando graves riscos à sociedade que busca os serviços de saúde, tendo em vista a exposição da vida do cidadão às recomendações de pessoa não habilitada ao exercício da medicina, além de configurar crime, conforme a lei penal.

Tal prática refere-se à falta de supervisão de professor preceptor em relação aos atos praticados pelo acadêmico, permitindo que sejam prescritos medicamentos e tratamentos sem qualquer fiscalização, concedendo ao estagiário o receituário assinado e carimbado, porém em branco. Veja-se:

*QUASE PROFISSIONAIS: [...] No caso, médicos pagam a alunos para cobrirem seus turnos e atuarem em seu nome nos hospitais. [...] A necessidade de ampliar os conhecimentos também é apontada por X. M.\*, aluna do último semestre de Medicina na UFBA. Ela diz, entretanto, que muitas vezes as circunstâncias do curso forçam os estudantes a fazerem parte de práticas irregulares, como foi o seu caso. X. M. explica que, por ser um curso difícil de ingressar devido à alta concorrência (a maior da UFBA, com relação de 27,8 candidatos por vaga em 2007), muitos entram com mais de 20 anos. Por isso, grande parte dos estudantes já está em idade de precisar garantir um sustento financeiro inclusive para pagar as altas despesas do curso. Porém, as oportunidades encontradas, como o acompanhamento de procedimentos citado por Reis, não são remuneradas. O próprio estágio obrigatório, quando os alunos se tornam internos de algum hospital, também não é remunerado. Atualmente X. M. estagia como interna no Hospital das Clínicas e, mesmo arrependida e afirmando não ter se sentido à vontade quando clinicou de forma irregular, acha que o modelo do curso dificulta a vida dos alunos. "Agora, no internato, eu preciso me dedicar em tempo integral. A gente acaba ficando sem tempo para fazer mais nada, muito menos para arrumar um trabalho e ganhar dinheiro". [...] "Sinto vergonha pelo que fiz, mas eu precisava ganhar dinheiro. Infelizmente os médicos também eram culpados, pois geralmente não estavam por perto para auxiliar, principalmente durante a troca de turno no plantão. Os estudantes ficavam com o carimbo do médico e tinham permissão para prescrever receitas e liberar pacientes", conta. (ROSS, s/d, p. 1).*

Primeiramente, importante enfatizar que o paciente tem o direito à informação adequada, esclarecida e prévia acerca de todo o atendimento que será realizado, desde quem procederá ao atendimento (médico ou acadêmico) até o prognóstico de terapia a ser adotada. Caso haja omissão já no início, no que tange à condição de estudante de medicina, o direito à informação do paciente restará de pronto violado, nos termos do art. 6º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO).

Assim, nota-se claramente pelo depoimento trazido à baila que a prática é comum e recorrente, embora exista na consciência do acadêmico e do médico teoricamente responsável pela fiscalização e supervisão do trabalho do estagiário, que a prática

macula-se pela ilicitude. Ocorre que sem a fiscalização efetiva da instituição de ensino e dos órgãos competentes no que tange à obediência das regras e diretrizes do internato médico, tal prática torna-se, infelizmente, corriqueira.

Desta atitude ilícita ressaí o grave risco aos direitos fundamentais do paciente, assim entendidos como "normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico" (MARMELESTEIN, 2008, p. 20), em especial o direito à vida, à saúde e à integridade física, sem os quais não se alcança a dignidade, pois direitos desta natureza possuem além de um conteúdo normativo – aspecto formal –, também um conteúdo ético – aspecto material –, que deve ser igualmente respeitado por todos, inclusive por quem presta um serviço médico, uma vez que os direitos fundamentais

*[...] são os valores básicos para uma vida digna em sociedade [...]. [...] Estão ligados de alguma forma pela noção básica de respeito ao outro [...]. Vale enfatizar que este respeito ao outro independe de quem seja o outro. Pode ser qualquer pessoa. A dignidade não é privilégio de apenas alguns indivíduos escolhidos por razões étnicas, culturais ou econômicas, mas sim um atributo de todo e qualquer ser humano, pelo simples fato de ser humano. (MARMELESTEIN, 2008, p. 18-19).*

Isto demonstra que ocorrido um atendimento médico irregular e ilícito por acadêmico de medicina, na condição de interno ou não, haverá a lesão configurada dos direitos fundamentais do paciente, que já se encontra em situação frágil de saúde ao buscar o atendimento especializado, colocando e expondo a vida do paciente a graves riscos, afetando-lhe diretamente a dignidade, posto o desrespeito do próximo (leia-se, do estagiário e do médico responsável pela supervisão) à sua condição de ser humano digno do mesmo atendimento de qualidade que o médico buscaria caso necessário.

Ressalte-se nesse ínterim, conforme preceitua Genival Velloso de França (2013, p. 101), que "a vida e a saúde das pessoas tem um relevante significado na manutenção da ordem pública e na segurança do Estado". Ademais, "a saúde e as liberdades individuais representam, num estado democrático de direito, os bens mais fundamentais", considerando-se a "saúde como um bem irrevogável e indispensável que cabe ao Estado sua garantia e os meios de organização", o que inclui o oferecimento e fiscalização do atendimento médico por pessoa habilitada legalmente a exercer a profissão, garantindo-se, portanto, os direitos constitucionais à segurança e aos meios de se alcançar a saúde, para que assim seja possível viver com dignidade.

Diante disto, cristalino que a ampla autonomia atribuída aos internos em medicina<sup>3</sup>, principalmente nas pequenas cidades brasileiras em que a presença constante de um médico muitas vezes é rara, tendo em vista as dificuldades e falta de infraestrutura básica de saúde para que possa ali instalar domicílio profissional fixo, configura crime de exercício ilegal da profissão médica, nos termos do art. 282 do CPB, e sendo a circunstância de o acadêmico prescrever medicamentos, tratamentos e terapias em nome do médico responsável pela fiscalização do estágio e que não o fez, configura-se também o crime de falsidade ideológica (art. 299 do CPB), além de violar de modo literal a lei federal n. 11.788/2008, arts. 1º; 3º, §1º; 7º, III e 9º, III, em que se encontra expresso o dever da instituição de ensino e da instituição de saúde de possuir

profissional habilitado para supervisionar e fiscalizar efetivamente as atividades desenvolvidas pelo estagiário.

Desta feita, o que se percebe é que na prática, a depender da disciplina cursada, os atendimentos são realizados sem fiscalização do professor preceptor, que apenas libera em branco o receituário assinado e carimbado, confiando o tratamento, prescrições e liberação de pacientes a um simples estudante, cujo conhecimento ainda está em formação, mesmo que já nos semestres finais do curso.

A despeito disto, ainda há que se enfatizar a possibilidade de causação de danos ao paciente em razão do atendimento ilegal, e a possível reparação dos prejuízos, em que a responsabilidade civil liga-se ao fato de que ninguém pode lesar o direito e o interesse de outra pessoa, pois "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo", subsistindo a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem." (art. 927, caput e parágrafo único do CC/02).

Além do mais, segundo o previsto no art. 951 do CC/02, o "disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho". Portanto, para que seja imputada a responsabilidade ao profissional da medicina responsável pela supervisão de estagiário em fase de internato, é crucial a presença de dois elementos: o primeiro, que o paciente tenha sido simplesmente exposto ou, em piores casos, tenha sofrido um dano decorrente da atuação médica e que tenha sido caracterizada a atuação do interno como se médico fosse. Pode-se mencionar, assim, que configurado o dano ao paciente em razão de atendimento médico realizado por interno em medicina, a negligência resta clara quando o preceptor autoriza o atendimento sem sua presença para fiscalização dos atos praticados pelo estagiário.

Nesses casos, a responsabilidade civil pelos danos causados pelo interno será do médico preceptor que tinha o dever legal de fiscalizá-lo, conforme defende o próprio Conselho Federal de Medicina.

*EMENTA: A responsabilidade pelo ato médico praticado pelo interno do curso de medicina cabe exclusivamente ao médico preceptor. (...) O atendimento médico realizado por pessoa não habilitada e não registrada no Conselho Regional de Medicina caracteriza exercício ilegal da medicina; A faculdade é responsável pelas ações que atribuir aos seus alunos, devendo oferecer aos mesmos as condições necessárias para o aprendizado, como, por exemplo, no caso da prática médica realizada por internos do curso médico, a ser feita com supervisão direta de profissionais médicos. (CFM. Brasília, 04.12.1996. Conselheiro Relator SILO TADEU S. HOLANDA CAVALCANTI Aprovado em sessão plenária em 09/04/97. PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 4.650/96. PC/CFM/Nº 13/97).*

Isto porque o fundamento pilar da responsabilidade civil "está na alteração do equilíbrio social, produzida por um prejuízo causado a um dos seus membros. O dano sofrido por um indivíduo preocupa todo o grupo porque todos se sentem ameaçados pela possibilidade de, mais cedo ou mais tarde, sofrerem os mesmos danos" (ALCÂNTARA, 1971 apud FRANÇA, 2013, p. 268). Com isso, defende-se a responsabilização médica do preceptor por danos causados ao paciente atendido por interno (com ou

sem supervisão efetiva) na modalidade de responsabilidade objetiva, em razão do risco próprio da atividade exercida, conforme expresso no art. 927, parágrafo único c/c art. 951 c/c arts. 186 e 187 todos do CC/02.

Ressalte-se, além do mais, que a liberdade de profissão estatuída no art. 5º, XIII e art. 170, parágrafo único, ambos da CRFB/88, não se beneficia da amplitude e ausência de restrições, permitindo-se ao profissional relegar a pessoas inabilitadas a prática de atos de sua responsabilidade, pois, conforme preceitua George Marmelstein (2008, p. 101)

*Esses dispositivos estabelecem que qualquer pessoa tem, em princípio, o direito de escolher a atividade profissional e econômica que deseja desempenhar, de acordo com seu próprio entendimento, conveniência, vocação e habilidade. Isso não significa, contudo, uma liberdade ampla e irrestrita, pois a própria Constituição estabeleceu que a lei pode exigir a observância de certos requisitos para o exercício de determinadas profissões. Assim, por exemplo, para exercerem seu ofício, os médicos precisam ser formados em medicina [...].<sup>6</sup>*

No mesmo sentido, os dizeres de Guilherme de Souza Nucci (2003, p. 794) sobre a transposição de limites no exercício profissional, em que "toda profissão regulamentada pelo Estado confere ao sujeito que a exerce direitos e deveres. Não há, pois, como deixar de atender à lei para o correto desempenho da atividade".

A par disto, Bento de Faria (1961, p. 261) ainda sustenta que *A liberdade de escolha da profissão-assegurada pela Constituição vigente e pelos Estatutos Políticos anteriores, não podia ficar excluída do – poder de polícia - do Estado máxime quando o próprio texto constitucional subordinasse à condição implícita de não ser ou de não se tornar prejudicial aos interesses do País e aos da sociedade. Não se confundem, portanto, o livre exercício com o direito de exercer. Completam-se, mas não se confundem. A garantia que a Constituição oferece e assegura ao livre exercício de qualquer profissão moral, industrial ou intelectual é ampla, sem dúvida. Desde que, porém, o cidadão tenha adquirido o direito de exercê-la, pela observância do que for estatuído nas leis e regulamentos. A liberdade, como qualquer outro direito, não pode ser absoluta e assim não deve merecer o qualitativo de jurídica, única suscetível de proteção, a que se pretenda se superpor às determinações editadas no interesse superior da ordem pública e suas instituições. Se todos têm o direito de adotar o modo de vida que lhes aprouver, não têm o de não respeitar as condições estabelecidas para o seu exercício legal.*

Sendo assim, quaisquer atos médicos praticados por pessoa sem formação superior completa em medicina e não inscrita no CRM competente para efetuar o registro profissional, são considerados atos criminosos, puníveis na esfera criminal (art. 282 e 299 do CPB), administrativa (perante o CRM, CFM e instituição de saúde/prefeitura empregadora) e cível (art. 5º, X da CRFB/88 c/c art 186 e 187 e 927 do CC/02), caso em decorrência dos atos realizados sejam gerados danos - materiais, morais ou estéticos - ao paciente.

Genival Veloso de França (2013, p. 48) salienta que "o que se procura impedir, pela sanção penal, no exercício ilegal da medicina, é que a saúde pública venha a ser ameaçada por pessoas não qualificadas e incompetentes", posto a grande relevância dos bens jurídicos tutelados em relações médico-paciente,

e, continua ressaltando que, "para configurar-se o crime, basta apenas o perigo, não exigindo a lei que venham a consumir-se quaisquer lesões ou malefícios, sendo necessária unicamente a possibilidade de dano".

Nesse sentido, inclusive, Resolução Plenária RP n. 331/2011 do CRM/MG, apresentando as punições ao exercício ilegal da medicina por estagiários em internato e as regras para que se realize o estágio obrigatório:

*O Plenário do Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº. 3.268, de 30 de Setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº. 44.045, de 19 de julho de 1958; e considerando que o exercício da Medicina antes da graduação e registro no CRM é crime; Considerando o artigo 17 da Lei nº 3268/1957 que estabelece: A Medicina deve ser exercida por profissional habilitado e legalmente inscrito no Conselho Regional de Medicina do seu Estado; Considerando a Resolução do Conselho Federal de Medicina Nº663/75 que estabelece: Os estudantes de Medicina não estão aptos, ainda que nos últimos períodos de faculdade, a exercer a Medicina sem a supervisão de um profissional médico; Considerando o Parecer Consulta CRMMG nº 003414/2008 que estabelece que os estágios no Curso de Medicina, sejam eles curriculares ou voluntários, devem seguir as normas vigentes, ocorrer sob supervisão médica direta, buscando preservar o aluno, o médico preceptor, as instituições de saúde e principalmente os pacientes; Considerando que a substituição de médicos por estudantes de medicina constitui exercício ilegal de Medicina, crime, conforme o artigo 282 do Código Penal Brasileiro e pode caracterizar ainda crime de Falsidade Ideológica, previsto no artigo 299 do mesmo Código Penal Brasileiro; [...] Considerando que o trabalho realizado por acadêmico de Medicina só contribui para a aprendizagem e aquisição de novos conhecimentos se adequadamente supervisionado por preceptor; Considerando que a prática do exercício profissional por acadêmicos de Medicina sem supervisão pode aumentar as possibilidades de morte e complicações em pacientes e prejudica o olhar clínico do estudante com práticas que podem gerar dúvidas na postura ética e técnica; Considerando que o estudante que exerce a medicina ilegalmente pode ser preso e processado e traz ameaças ao seu futuro e ao presente e futuro daqueles responsáveis pela ilegalidade; [...] RESOLVE: Art. 1º- §1º A atuação do estudante de Medicina na Instituição de Saúde será obrigatoriamente acompanhada presencialmente pelo médico preceptor responsável que deverá manter junto da Instituição sua documentação profissional (diploma, títulos, função no Hospital, horário, médico responsável, etc.). Art. 3º- A supervisão e controle da presença e atuação do estudante de medicina nas instituições interessadas é responsabilidade do médico preceptor e do Diretor Técnico da Instituição de Saúde. Art. 4º- A condição de acadêmico estagiário deverá ser informada ao paciente ou ao seu responsável legal pelo médico preceptor e identificada através de crachá, conforme disposto no art. 110 do Código de Ética Médica. (CRM/MG, 2011, p. 1-3).*

Corroborando com estes argumentos, a fundamentação do seguinte parecer:

*Ementa: Os estágios no Curso de Medicina, sejam eles curriculares ou voluntários, devem seguir as normas vigentes, ocorrer sob supervisão médica direta, buscando preservar o aluno, o médico preceptor, as instituições de saúde e principalmente os pacientes. PARTE EXPOSITIVA: [...] A execução de atos médicos por estudantes sem supervisão médica, configura-se como exercício ilegal da medicina, assumindo o estudante a responsabilidade criminal de*

*seus atos, pois, sobre ele não existe qualquer poder dos CRMs, sendo a instituição responsabilizada ética e criminalmente, na figura de seus diretores médicos, Clínico e Técnico. O médico preceptor não pode, em qualquer hipótese, entregar ao estagiário o seu receituário ou da instituição, previamente assinado com as folhas em branco, pois, estará incorrendo em infração ética aos artigos 33 e 39 do Código de Ética Médica. (CRMMG. PARECER CONSULTA 003414/2008: CONSULENTE: SRA. P.S.L. RELATOR: DR. JOSÉ NA-LON DE QUEIROZ - CRMMG 6961. 09.03.2008).*

Em muitos casos, também, os estagiários atendem sozinhos os pacientes, sem supervisão do médico, pois este não se encontra dentro do hospital. Há, igualmente, os internos que fazem atendimentos sob "supervisão à distância", em que o médico que seria o responsável pela atividade de preceptoria, o que lhe exige presença física no local onde o estágio é oferecido, dita as condutas a serem tomadas, sem sequer ter tido contato pessoal com o paciente, o que igualmente constitui crime e infração ética, punível em âmbito administrativo e judicial. Veja-se exemplo:

*EMENTA: "Acadêmicos de Medicina não podem atender pacientes sem supervisão médica presencial e suas atividades deverão obedecer às determinações da lei 11.788/2008. Médicos não podem definir diagnósticos ou prescrever para pacientes por ele não examinados".*

*I - PARTE EXPOSITIVA A presente Consulta procede do Conselho Municipal de Saúde da cidade de C., representado pela sua presidente, ora consulente. Extrai-se do texto encaminhado o que segue: "... solicitamos a V Sa. Parecer referente ao atendimento de acadêmico de medicina no serviço de Urgência e Emergência, diante da seguinte denúncia: O acadêmico pode atender o paciente, prescrever a receita e levar para o médico carimbar e assinar, o médico assina a receita ou exame, mas o médico não vê o paciente. Normalmente estes atendimentos são colocados como casos que podem ser de atenção primária/básica".*

*II - PARTE CONCLUSIVA: Os fatos apresentados apontam duas circunstâncias irregulares: 1ª. Acadêmicos de Medicina que realizam atendimento de pacientes sem a adequada supervisão médica. Esta condição contraria frontalmente as determinações da Lei 11788/2008 que regulamenta as atividades de estágios acadêmicos, e também, ao atenderem pacientes sem supervisão médica estes acadêmicos exercem ilegalmente a Medicina, o que não pode ser admitido em qualquer hipótese. Sobre este tema versam os pareceres de nº. 3414/2008 e 3817/2009, exarados por este Conselho Regional de Medicina, anexados a este parecer. 2ª. Médico plantonista que define diagnósticos ou prescreve sem examinar o paciente. O médico plantonista ao assinar documentos médicos e receitas, sem o devido exame dos pacientes infringe o Código de Ética Médica, em seus artigos 2º, 5º e 10º. Os fatos constatados deverão ser comunicados a este Conselho para as devidas apurações. (PARECER-CONSULTA N.º 4000/2010. CONSULENTE: DR. M. M. G. CONSELHEIRO: MÁRIO BENEDITO COSTA MAGALHÃES - CRMMG 11879. 07.05.2010).*

Em especial quando se trata de plantões, Genival Veloso de França (2013, p. 230-231) assevera que

*[...] não se pode conceber a existência de um serviço de tal magnitude, desfalcado do seu elemento mais importante, ou representado, de forma escamoteada, pelos denominados plantonistas "à distância" ou de "sobreaviso". Todo serviço de urgência deve ter obrigatoriamente seus plantonistas ou suas equipes de plantão, não só pelas*

*sucessivas ocorrências que chegam ao hospital, senão também pela observação, assistência e cuidados aos pacientes internados, sujeitos às mudanças de seus quadros clínicos. Fora dessa concepção, compromete-se o mais fundamental e o mais dogmático de todos os dispositivos do código de ética médica: “o alvo de toda atenção do médico é a saúde do ser humano”. [...] Assim, a omissão do plantonista constitui infração ético-disciplinar, pois são vedados ao médico: “praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência e negligência”, “delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivas da profissão médica” (quando se deixa o plantão com estudantes de medicina) [...]. [...] Enfim, se o paciente necessita de assistência urgente e não a tem, pelo fato de o médico encontrar-se de plantão “de sobreaviso”, constitui omissão de socorro.*

Resta límpido, desta forma, que tal prática de fato ocorre, colocando em risco o direito à segurança de um atendimento médico profissional de qualidade, dentro do que exige a lei, violando a dignidade da pessoa humana do paciente, segundo o art. 1º, III e 5º, caput, ambos da Constituição de 1988 (CRFB/88), e o direito a ter meios que proporcionem a saúde plena, o que inclui, dentre outros igualmente relevantes, o oferecimento de um corpo clínico capacitado, habilitado e experiente.

Contudo, esta não é a única violação à Lei do Estágio e às demais normas em vigor. Outro comum abuso durante o internato médico é o relativo à exploração do trabalho do acadêmico, em que a jornada extrapola em muitos casos os limites legais.

De acordo com o disposto no art. 10, caput, da Lei Federal 11.788/2008, a jornada de trabalho do estagiário há de ser definida segundo determinações da instituição de ensino, da parte concedente e do aluno estagiário, devendo constar do termo de compromisso ser compatível com as atividades escolares e não ultrapassar, nos casos de estágio obrigatório, 06 (seis) horas diárias e 30 (trinta) horas semanais, permitindo-se, porém, o aumento desta jornada aos cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, para até 40 (quarenta) horas semanais, desde que isto esteja previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino, situação esta em que se enquadra o curso de medicina.

Entretanto, o que acontece na prática é, mais uma vez, diferente do que se almeja na lei.

Saliente-se, aqui, que os fatos ilustrados não são abordados genericamente, uma vez que muitas instituições de ensino cumprem a legislação, mas existem dados e informações que demonstram que algumas vezes, e em determinados casos, os acadêmicos em fase de internato chegam a permanecer nos hospitais de 09 (nove) até 12 (doze) horas por dia, perfazendo de 54 (cinquenta e quatro) até 70 (setenta) horas semanais em casos extremos, extrapolando sobremaneira o limite da jornada para estágio obrigatório (oito horas diárias/quarenta semanais – considerando os cursos que alternam teoria e prática)<sup>7</sup>.

Isto exige, em contrapartida, que se faça uma reflexão acerca dos motivos que levam à exploração do trabalho dos internos em medicina. Citam-se diversos possíveis motivos, tais como a dificuldade de contratação de médicos habilitados em muitas cidades brasileiras; os baixos custos para o hospital ou para as prefeituras municipais, já que na maioria dos casos os acadêmicos em fase de estágio obrigatório em medicina não recebem bolsa ou qualquer outra contraprestação, preferindo-se o uso e abuso da mão de obra estudantil em detrimento da

contratação de médicos habilitados em número suficiente para atender a demanda; a ausência de fiscalização, dentre outros.

Desse modo, exemplo claro das vantagens econômicas do trabalho exercido por acadêmicos em internato para as prefeituras e hospitais conveniados a instituições de ensino superior que oferecem o curso de medicina, é o que se encontra no parecer-consulta ao CRM/MG n. 3817/2009. Veja-se:

*[...] Venho, perante esse egrégio Conselho, consultar sobre assunto relacionado ao funcionamento do nosso hospital, de pequeno porte, com 26 leitos. Temos dificuldades em contratar médicos plantonistas por termos uma estrada de acesso ainda de terra. Para diminuirmos despesas, pois nossa única fonte de renda é o SUS, resolvemos fazer um convênio com a Faculdade de Medicina de Barbacena para oferecermos estágios para acadêmicos de décimo período, com supervisão médica. 1 - Gostaríamos de saber se a prática de plantão acadêmico, ficando, às vezes, com supervisão do médico fora do hospital, porém dentro da cidade, podendo ser acionado por telefone celular, principalmente no plantão noturno, que é de menor demanda, é irregular? Resposta: É. É exercício ilegal da medicina. (PARECER-CONSULTA Nº 3817 / 2009. CONSULENTE: Dr. A.M.P. RELATOR: CÍCERO DE LIMA RENA - CRMMG – 6090. Belo Horizonte, 05 de outubro de 2009).*

Percebe-se que na prática o que acontece é, de fato, uma verdadeira exploração do trabalho humano, com jornadas exaustivas e sem remuneração ou contraprestação pelos serviços prestados. Além do mais, nos termos do art. 15 das disposições finais da Lei do Estágio, a manutenção de estagiários em desconformidade com a legislação caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.

Isto porque a justificativa para a realização do estágio funda-se na valorização do ensino e preparação do estagiário para o mercado de trabalho, em observância à lei específica, para que não se configure exploração irregular e ilícita de trabalho. Ainda sobre o tema, explana Maurício Godinho Delgado (2002, p. 317) que

*Esse vínculo sociojurídico foi pensado e regulado para favorecer o aperfeiçoamento e complementação da formação acadêmico-profissional do estudante. São seus relevantes objetivos sociais e educacionais, em prol do estudante, que justificaram o favorecimento econômico embutido na Lei do Estágio, isentando o tomador de serviços, participe da realização de tais objetivos, dos custos de uma relação formal de emprego. Em face, pois, da nobre causa de existência do estágio e de sua nobre destinação — e como meio de incentivar esse mecanismo de trabalho tido como educativo —, a ordem jurídica suprimiu a configuração e efeitos justralhistas a essa relação de trabalho lato sensu.*

Portanto, caso o estágio não favoreça o aperfeiçoamento e complementação da formação profissional do educando, mas configure fraudulenta utilização de força de trabalho menos onerosa para a empresa concedente, a relação jurídica não será mais a de estágio, mas sim de emprego, pois “o estudante está operando em atividade não compatível com o seu desenvolvimento educacional.” (MARTINEZ 2009, p. 179).

Diante do descumprimento da legislação no curso da relação de estágio, os Tribunais brasileiros tem sido recorrentemente buscados para que seja reconhecido o vínculo de emprego nas circunstâncias de exploração ilegal de trabalho de estagiário. Senão vejamos:

*CONTRATO DE ESTÁGIO. TERMO DE COMPROMISSO. DESCUM-*

PRIMENTO. ART. 3º, III, § 2º, DA LEI Nº 11.788/2008. VÍNCULO DE EMPREGO. A reclamada não observou várias das obrigações a que se comprometeu por meio do termo de compromisso para estágio, circunstância que atrai a incidência do art. 3º, III, § 2º, da Lei 11.788/2008, segundo o qual o “descumprimento de (...) qualquer obrigação contida no termo de compromisso caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária (TRT-10 - RO: 00939201300410008 DF 00939-2013-004-10-00-8 RO, Relator: Desembargador Mário Macedo Fernandes Caron, Data de Julgamento: 25/06/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: 11/07/2014 no DEJT).

TERMO DE COMPROMISSO DE ESTÁGIO - DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS FORMAIS - VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO - INVALIDADE DO CONTRATO DE ESTÁGIO - O contrato de estágio é uma das figuras jurídicas que mais se aproxima do contrato de emprego, uma vez que nele também há subordinação, habitualidade e onerosidade. Assim, a presença destes elementos, por si só, não revela a existência do vínculo de emprego. Comprovado que não restaram atendidos os requisitos formais do estágio pela apresentação do Termo de Compromisso de Estágio celebrado junto à instituição de ensino, necessário declarar a nulidade do contrato de estágio e reconhecer o vínculo de emprego diretamente com a reclamada. (TRT-9, 4ª Turma, Processo n. 1586-2006-658-9-0-0, Relator: Sérgio Murilo Rodrigues Lemos).

Lado outro, embora não seja considerada uma violação à Lei do Estágio diante da faculdade atribuída pela lei à instituição de ensino e à parte concedente do estágio, a concessão de uma bolsa ou outra contraprestação ao interno em medicina, durante os semestres em que passará pelo estágio obrigatório, poderia ser o caminho capaz de evitar a ocorrência de práticas ilegais e irregulares ao longo deste período curricular.

Isto porque, como já mencionado anteriormente, muitos acadêmicos compilam com atos notoriamente ilegais por falta de condições financeiras mínimas para arcar com as despesas do curso, aceitando submeter-se a tais atos diante de remuneração do médico responsável pelo plantão ou pela fiscalização do estágio.

Segundo o que preceitua o art. 12 da Lei n. 11.788/2008, o estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo, porém, compulsória a sua concessão, bem como a do auxílio-transporte, apenas na hipótese de estágio não obrigatório. Assim, caso fosse concedida a bolsa a alunos em internato médico, muitos destes problemas poderiam ser evitados<sup>9</sup>.

Urge salientar, outrossim, mais uma clara violação à legislação aplicável ao internato médico, em especial às disposições da Lei do Estágio relativas à obrigatoriedade de se ter a supervisão e fiscalização das atividades realizadas por professor preceptor.

Durante Congresso realizado na Universidade de São Paulo (USP), aconteceu o V Fórum do Internato, em que foram discutidas as mazelas que atingem esta modalidade de estágio obrigatório. Neste evento, um dos principais pontos que suscitou maiores controvérsias foi o referente ao que se deve entender por professor preceptor, pois para alguns, basta que o profissional seja médico inscrito no CRM e que labore na unidade de saúde que recebe o interno.

Todavia, isto não é o suficiente. A falta de capacitação profissional de médicos para exercer a docência possui altos índices, atingindo diretamente a qualidade do ensino, diante do não domínio das técnicas de docência para o ensino superior.

De acordo com relatos de Suelen Nunes (2012), durante

o Fórum a definição de quem seriam os preceptores foi um dos maiores desafios. Afinal, **os preceptores deveriam ser profissionais que já estavam presentes nos serviços**, mas que, entretanto, era preciso convencê-los a realizar a supervisão acadêmica e, principalmente, a realizar a capacitação para a docência.

A referida falta de capacitação profissional dos médicos preceptores é ponto discutido e criticado inclusive por acadêmicos em estágio obrigatório, conforme aduzido a seguir:

[...] Foram criticadas ainda a falta de continuidade do acompanhamento do paciente e a falta de orientação docente nas atividades ambulatoriais: “(...) A crítica, no caso dos ambulatórios no hospital, é com relação à descontinuidade dos mesmos e à falta de orientação também (...)” (E2). [...] Alguns ponderaram que os profissionais, que estão em contato com os estudantes durante o Internato, nos diversos níveis de atenção, não são treinados para a docência e que isso acarreta dificuldades, algumas vezes relacionadas ao despreparo e à “má vontade” para a orientação. (...) a grande maioria dos professores que estão no Internato e ministram as disciplinas são formados médicos, habilitados a trabalhar a assistência ao paciente e não a ser docente (...). (P7) (...) o Programa de Saúde da Família não está bem estruturado ainda para colocar um aluno que está em formação terminal dentro de uma equipe em que o médico não é formado como Médico de Família, ele também está se formando (...). (P1). (CHAVES, GROSSEMAN, 2006, p. 1).

Neste diapasão, o CRM/MG, através do parecer-consulta n. 003414/2008, se manifestou no sentido de que “considera-se como preceptor na unidade hospitalar ou ambulatorial o médico que esteja habilitado para o exercício profissional e que tenha capacitação para a atividade”, entenda-se, capacitação técnica para a docência.

Por fim, ante a todo o exposto, conclui-se que muitas são as violações à Lei do Estágio, à lei penal e à CRFB/88 vigentes, bem como aos demais instrumentos normativos aplicáveis ao estágio obrigatório no curso de medicina. Desta feita, as consequências jurídicas de tais violações espraiam efeitos em diversos âmbitos, desde o administrativo, até o previdenciário, trabalhista, criminal e cível. E estarmos atentos ao descumprimento da legislação que rege o estágio, em especial, o do acadêmico em medicina, denunciando-o às autoridades competentes, constitui meio capaz de evitar danos graves à sociedade, que se encontra exposta muitas vezes a riscos tão sérios e que podem afetar, sobremaneira, a garantia e a efetividade de direitos fundamentais da pessoa humana.

## 6 CONCLUSÃO

Diante do novo contexto social, político, econômico e tecnológico que se instaurou a partir do neoliberalismo no mundo inteiro, a insegurança ao ingressar no mercado de trabalho tornou-se ainda mais comum, em especial para os iniciantes. E, certamente, muitas das habilidades mais importantes a serem desenvolvidas no ambiente de trabalho podem ser adquiridas e vivenciadas fortemente na fase do estágio.

Dessa forma, o que se deve buscar na prática, sempre e cada dia mais, é que não seja desvirtuado o objetivo final do estágio: ensinar educando sob supervisão efetiva, para que o então estagiário se torne um profissional capacitado no futuro, pronto para lidar com as adversidades do dia a dia da profissão que escolheu, sem que para isso seja usurpada a sua condição e explorado, na ilegalidade, o seu trabalho.

Isto porque a partir do momento em que se explora o traba-

ho do estagiário além do que permite a legislação (ainda mais no curso médico, cujas situações postas à apreciação do profissional são altamente complexas e exigem amplo conhecimento daquele que prestará o atendimento solicitado), são violados bens jurídicos extremamente relevantes, a saber, a vida, a saúde e a segurança do paciente, e, em contrapartida, a segurança e o direito a uma educação plena e de qualidade do acadêmico, sendo as consequências jurídicas de tais violações tratadas com rigor pelo ordenamento jurídico brasileiro e puníveis em diversas esferas, desde a administrativa até a judicial, com sanções de caráter cível, penal, trabalhista e previdenciário, tanto para o médico preceptor (vinculado à parte concedente) quanto para o estagiário e a instituição de ensino que se eximiu do dever legal de fiscalizar as condições em que o estágio era exercido.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em: 10 de julho de 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm) > Acesso em: 10 de julho de 2014.

BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil Brasileiro*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em 20 de Junho de 2014.

BRASIL. Lei n. 11.788, de 25 de setembro de 2008. *Dispõe sobre o estágio de estudantes; altera a redação do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996; revoga as Leis nos 6.494, de 7 de dezembro de 1977, e 8.859, de 23 de março de 1994, o parágrafo único do art. 82 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e o art. 6º da Medida Provisória no 2.164-41, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/11788.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11788.htm)> Acesso em 10 de maio de 2014.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. Disponível em <[www.trt9.jus.br](http://www.trt9.jus.br)> Acesso em 27 de julho de 2014.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. Disponível em <[www.trt10.jus.br](http://www.trt10.jus.br)> Acesso em 27 de julho de 2014.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE MINAS GERAIS. Disponível em <[www.crmmg.org.br](http://www.crmmg.org.br)> Acesso em 15 de junho de 2014.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em <[www.cremesp.org.br](http://www.cremesp.org.br)> Acesso em 15 de junho de 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Portal Médico*. Disponível em <[www.portal.cfm.org.br](http://www.portal.cfm.org.br)> Acesso em 15 de junho de 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol. 7. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado*. 3.ed, vol. 6, Rio de Janeiro: Record Editora, 1961.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GROSSEMAN, Suely; CHAVES, Igor Tavares da Silva. O Internato médico e suas perspectivas: estudo de caso com educadores e educandos. In: *Revista Brasileira de Educação Médica*. 2006. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-550220070003000003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-550220070003000003)> Acesso em 25 de maio de 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *O Estágio Profissional em 1420 perguntas e respostas*. São Paulo: LTR, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho Relações Individuais e Coletivas do Trabalho*. 24. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4 ed.rev., atual e ampl.-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES, Suelen. *A Situação Atual do Internato nas Escolas Médicas Brasileiras*. 2012. Disponível em <<http://academiamedica.com.br/as-mazelas-do-internato-medico/>> Acesso em 25 de maio de 2014.

POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Estudante é preso por exercício ilegal da medicina*. 08.01.2014. Disponível em <<http://www.diarioonline.com.br/noticias/policia/noticia-269352-estudante-e-presos-por-exercicio-ilegal-da-medicina.html>> Acesso em 15 de março de 2014.

\_\_\_\_\_. *Polícia Civil flagra exercício ilegal da medicina em Eldorado dos Carajás*. 08.01.2014. Disponível em <<http://www.policiacivil.pa.gov.br/?q=content/pol%C3%ADcia-civil-flagra-exerc%C3%ADcio-ilegal-da-medicina-em-eldorado-dos-caraj%C3%AAs>> Acesso em 15 de março de 2014.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7ª edição. São Paulo: Editora RT, 2010.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. O contrato de estágio e as inovações da lei 11.788/2008. In: *Revista Ltr. Legislação do Trabalho*, v. 10, p. 1173, 2008.

ROSS, Eduardo. Quase profissionais. In: *Jornal da Facom da Universidade Federal da Bahia*. Disponível em <[http://www.jornaldafacom.ufba.br/ed12/materias/saude\\_quaseprofissionais.html](http://www.jornaldafacom.ufba.br/ed12/materias/saude_quaseprofissionais.html)> Acesso em 20 de março de 2014.

## NOTAS DE FIM

1 Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Autora de artigos científicos sobre Direito do Trabalho, Direito Civil, Biodireito e Bioética publicados em obras coletivas e em eventos nacionais e internacionais de pesquisa. Na graduação atuou como monitora do Departamento de Direito Civil – Obrigações e Responsabilidade Civil, e também como pesquisadora bolsista do XI Programa de Iniciação Científica. Lâurea acadêmica de Melhor Aluno do Curso de Direito.

2 Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Autora de artigos científicos publicados em revistas especializadas e em eventos nacionais de pesquisa.

3 Salutar esclarecer ao leitor que para a elaboração deste tópico foi realizada pesquisa jurisprudencial, doutrinária e legal, acompanhada de entrevista com um grupo de acadêmicos internos pertencentes a diversas instituições de ensino superior localizadas em diferentes estados brasileiros, para fins de verificar com maior abrangência a ocorrência ou não de violações à lei do estágio. Por fim, cumpre frisar que as informações obtidas foram coletadas no exercício profissional e para fins científicos e, em decorrência do princípio do sigilo das fontes e do sigilo profissional, não serão divulgados os nomes dos entrevistados, nem das instituições de ensino a que se vinculam, nos termos do art. 5º, IX e XIV da CRFB/88.

4 EMENTA: Os estágios dos estudantes de medicina são regulamentados pelo Decreto Lei 2080/96, pela Lei 11788/2008, pela Resolução do Conselho Federal de Educação 01 de 04-05-89, que têm por princípio preservar os pacientes, os estudantes, os professores e a instituição (anexos). (PARECER-CONSULTA Nº 3817 / 2009 . CONSULENTE: Dr. A.M.P. RELATOR: CÍCERO DE LIMA RENA - CRMGM – 6090. Belo Horizonte, 05 de outubro de 2009).

5 Ressalte-se que a referida autonomia não decorre de atribuição legal, mas pura e simplesmente de práticas ilegais comuns no dia a dia do estágio médico obrigatório.

6 Embora não mencionado pelo respeitável autor citado, outro requisito exigido para o exercício da medicina, além da formação completa em curso superior de medicina, é a inscrição regular perante o conselho profissional da categoria.

7 [...] É um verdadeiro absurdo a forma como são estruturados vários dos nossos rodízios (estágios) do internato. Se às vezes até o projeto pedagógico já prevê um rodízio denso, na grande parte delas temos períodos bastante extenuantes, com cargas horárias que chegam fácil a 50/55/60 horas semanais. Não bastasse a quantidade de horas dentro do Serviço, somos submetidos em 80% desta carga horária a trabalhos braçais (evolução dos pacientes, correr atrás de exame, correr atrás de interconsulta, carregar macas, etc). Não digo que não temos de nos dedicar a isto também, mas a lógica que tem permeado os períodos de Internato em todo o Brasil é de que o Interno resolve tudo, o residente carimba, e o chefe dita a conduta. Isto demonstra o quanto o funcionamento de milhares de enfermarias, ambulatórios, centros obstétricos, etc espalhados pelo país depende do trabalho dos internos. (Ex-interno do curso de medicina da UFPE – não identificado na reportagem, 2008, p. 1).

8 Para ilustrar práticas ilegais justificadas por acadêmicos de medicina (não apenas os matriculados no internato médico) segue trecho da reportagem "Quase Profissionais", de Eduardo Ross, veiculada no Jornal da Facom da Universidade Federal da Bahia: "**Esquema político** - Além do exercício irregular, alunos\*, dentre eles X. M., denunciam práticas ilegais promovidas por políticos nas quais se envolveram. Esse é o caso de um ex-vereador de Salvador e atual deputado federal\*\*. Tal político costumava, durante a campanha, recrutar estudantes de medicina, independente do semestre do curso, muitos ainda inexperientes, para irem a bairros periféricos de Salvador distribuir prescrições de exames e receitas de remédios, dentre outros serviços. "Essa prática existe, pelo que eu sei, há pelo menos 12 anos. O estudante fica lá em um carro do político, sozinho, acompanhado de dois funcionários, sem nenhuma habilitação, que ficam distribuindo 'santinhos', enquanto o aluno passa prescrições de exames conforme o pedido das pessoas. Em um dia, a gente chegava a atender mais de duzentas. Era tudo feito visivelmente para ganhar votos", conta um estudante de Medicina. Para fazer o serviço, ele diz que os alunos recebiam R\$ 100 por uma jornada que ia de 7 da manhã às 17 h."



# DO ERRADO E DO CERTO: NOTAS SOBRE AS INTERSEÇÕES ENTRE A MORALIDADE CONVENCIONAL E O CRIME<sup>1</sup>

CARLOS MAGALHÃES<sup>2</sup>

**RESUMO:** No presente trabalho, analisamos as formas pelas quais homens que se encontravam presos no período da pesquisa relatam a sua própria trajetória de vida e o seu envolvimento com o crime. Partimos do pressuposto de que esses relatos podem ser compreendidos com base no conceito de rotulação, ou seja, o processo de construção social do agente de práticas criminais como indivíduo criminoso. Para a teoria dos rótulos as consequências mais importantes de alguém ser rotulado como desviante são: a mudança drástica na identidade pública do indivíduo e, na sequência, a constituição de uma autoimagem correspondente à rotulação. O levantamento de dados foi feito por meio de entrevistas em profundidade, orientadas por um roteiro semiestruturado. Foram realizadas cinquenta e cinco entrevistas em três estabelecimentos penais da Região Metropolitana de Belo Horizonte – MG. Procuramos verificar como os entrevistados abordam a dimensão moral da atividade criminosa e como avaliam a pena que lhes foi imposta. A principal conclusão é que os entrevistados, de um modo geral, constroem seus relatos partindo da premissa de que são indivíduos criminosos, no entanto, assumem diferentes posicionamentos em relação a essa atribuição pública de identidade e incorporam o rótulo de diferentes maneiras.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crime; moralidade; rotulação; prisão; justiça.

**ABSTRACT:** In this work, we analyze the accounts of men who were prisoners during the period of our research about their life and how they became involved with crime. The starting point was the presupposition that it's possible to understand these accounts based on the concept of labeling, that is, the process of social construction of the agent of criminal deeds as a criminal individual. For the labeling theory the most important consequences of someone being labeled as deviant are: a drastic change in the public identity of the individual and, in sequence, the formation of a self-image corresponding to the labeling. Data-collecting was achieved by depth interviews, guided by a partially structured script. Fifty-five interviews were done at three prisons located in the metropolitan area of Belo Horizonte – MG. We interviewed these individuals about the moral dimension of the criminal activity and how they evaluate the penalty that was imposed on them. As a main conclusion, we may assert that the agents, in general, construct their accounts under the belief of themselves as criminal individuals. However, they assume different positions in relation to that public attribution of identity and incorporate the label in different ways.

**KEYWORDS:** Crime; morality; labeling; prison; justice.

**ÁREA DE INTERESSE:** Criminologia; Sociologia Jurídica.

**SUMÁRIO:** 1- Introdução; 2 - A Realidade Moral; 3 - A Família, a Simplicidade da Vida no Interior e a Religião; 4 - Prisão Injusta, Elaboraões sobre a Pena; 5 - Código de Conduta dos Bandidos; 6 - Deterioração do Mundo do Crime, Desconfiança; 7 – Homicídios; 8 - Considerações Finais;

## 1 INTRODUÇÃO

Nosso propósito neste artigo é analisar algumas entrevistas realizadas com homens que cumpriam pena privativa de liberdade pela prática de algum crime buscando destacar os aspectos morais presentes em suas falas. Acreditamos que esta análise nos ajuda a enxergar a complexidade das motivações e das ações, particularmente nos casos em que os estereótipos e rótulos levam a uma visão muito limitada. Não raramente, por exemplo, as ideias de leigos e especialistas sobre o poder dissuasório da pena se sustentam em concepções muito precárias sobre as motivações da ação. Procuramos ouvir as pessoas presas de modo a compreender de forma mais aprofundada suas motivações e os significados que atribuem à sua conduta. Em especial, estaremos atentos aos juízos apresentados pelos próprios entrevistados sobre o que é certo e o que é errado em seu comportamento.

Acompanhando as ideias de David Matza (1969: p. 17), rejeitamos, no estudo do desvio e do crime, a perspectiva corretiva. De acordo com o autor, quando o fenômeno do desvio (e do crime por extensão) é estudado a partir da perspectiva corretiva a possibilidade de deixá-lo escapar – reduzindo-o a algo que não é, retirando seus detalhes e singularidades – é maior. A preocupação com as causas e com a etiologia do fenômeno, que faz parte da

atitude corretiva, faz com que a atenção se desvie do fenômeno em si mesmo e se fixe no objetivo de eliminá-lo. Perdem-se assim os detalhes do objeto. Toda a diversidade do mundo real deve ser afastada para que se possam estabelecer as devidas relações de causa e efeito entre variáveis homogêneas e reduzidas a aspectos supostamente essenciais.

A opção pela perspectiva corretiva pode provocar também a incapacidade de separar os padrões convencionais de moralidade da descrição da realidade. O fenômeno é visto de fora e é descrito como algo moralmente reprovável ou inconveniente, que precisa ser eliminado. Questões importantes e complexas, como os motivos e significados que orientam a conduta desviante, são abordadas de uma forma superficial que se volta não para as possibilidades de descrição e compreensão aprofundada da conduta, mas para as possibilidades de predição, controle e eliminação. Os desviantes são vistos do ponto de vista dos membros da sociedade que não querem a continuação daquele tipo de comportamento.

À perspectiva corretiva se opõe aquela que Matza chama de apreciação. A apreciação requer que o pesquisador se aproxime do fenômeno e procure compreendê-lo em seus detalhes e complexidades. De fato, os seres humanos participam de atividades

significativas. Eles criam ativamente sua própria realidade e a do mundo ao redor. Os homens transcendem a dimensão existencial em que concepções como causalidade, força e reatividade são facilmente aplicáveis. Conceber os seres humanos como objetos, aplicar métodos de investigação que desconsideram a dimensão significativa do comportamento seria equivocada. Os seres humanos têm de ser vistos como sujeitos, pois só assim será possível realizar uma descrição acurada das suas experiências.

Do nosso ponto de vista, mais importante do que estabelecer, classificar e hierarquizar causas é descobrir como os envolvidos com práticas criminosas operam, do seu próprio ponto de vista, com os diversos sentidos e significados relacionados à ocorrência do comportamento criminoso. Não pretendemos neste artigo analisar o comportamento dos indivíduos a partir de uma perspectiva corretiva que faz uso de argumentos de ordem moral para caracterizar suas condutas como indesejáveis. Nosso objetivo, ao contrário, é verificar como os próprios indivíduos fazem uso de concepções morais ao construir relatos sobre o seu envolvimento com atividades criminosas.

Acompanhando Howard Becker (1977), acreditamos que o desvio (ou o crime) não é uma qualidade intrínseca de atos ou atores específicos, mas uma consequência da reação da sociedade (ou melhor, dos segmentos detentores do poder de definição) a esses atos e atores que, no final das contas, os define como criminosos. Ou seja, para Becker (1977: p. 60)

*os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como marginais e desviantes [...] O desviante é alguém a quem aquele rótulo foi aplicado com sucesso; comportamento desviante é o comportamento que as pessoas rotulam como tal.*

De acordo com Becker, as consequências mais importantes de ser rotulado como desviante são: a mudança drástica na identidade pública do indivíduo e, na sequência, a constituição de uma autoimagem correspondente à rotulação (idem, 78-80).

## 2 A REALIDADE MORAL

Para Émile Durkheim, a moral se apresenta como um sistema de regras de conduta, mas as regras morais têm uma importante peculiaridade na medida em que se constituem a partir de dois aspectos diferentes, porém inseparáveis: por um lado, são investidas de uma autoridade especial que resulta em obediência e, portanto, em obrigação. Por outro lado, além da obrigação, as regras morais são também desejadas, pois só assim poderão ser cumpridas por sujeitos reais.

De acordo com Durkheim (1994: p. 58), embora as regras morais sejam desejadas, não são cumpridas sem esforço. No entanto, o próprio esforço é desejável na medida em que nos projeta para fora de nós mesmos, ou seja, nos eleva por cima de nossa própria natureza. Essa realidade que nos supera, que nos projeta para fora e que desejamos não pode ser outra a não ser o próprio grupo considerado como algo qualitativamente diferente da simples somatória dos indivíduos que o compõem. Para Durkheim (1994: p. 77), "nós não temos deveres, a não ser frente às consciências; todos os nossos deveres se dirigem às pessoas morais, aos seres pensantes". Como a qualificação de moral não pode ser aplicada a um ato que tivesse por alvo apenas o interesse do indivíduo, decorre que "não resta outra finalidade à atividade moral que o sujeito sui generis, formado por uma pluralidade de sujeitos individuais associados de maneira a formar um grupo; enfim, não resta mais que o sujeito coletivo" (DURKHEIM, 1994: p. 79).

O grupo não esgota todos os aspectos da realidade moral. Fora da moral comum e geral do grupo, segundo Durkheim, há uma multiplicidade de outras, pois "cada indivíduo, cada consciência moral particular, expressa de sua maneira esta moral comum: cada indivíduo a compreende e a vê a partir de um ângulo diferente". Cada um tem o seu daltonismo moral particular. Nesse aspecto, "não existe consciência moral que não seja imoral em alguns aspectos" (DURKHEIM, 1994, p. 64).

A importância maior da moralidade comum encontra-se no fato de que ela representa a realidade objetiva que, de acordo com Durkheim, serve de ponto de referência para julgar as ações. Ações que seriam morais de um ponto de vista particular podem ser imorais do ponto de vista da moralidade comum objetiva. Vale ressaltar que moralidade e imoralidade, na concepção durkheimiana, não são contrários. São apenas as duas formas da vida moral (DURKHEIM, 2002: 166).

Para identificar as regras morais e diferenciá-las das regras técnicas, Durkheim (1994) observa o que acontece quando são violadas. No caso das regras técnicas, quando são violadas, ocorrem, em função do próprio ato de violação, as consequências que podem ser chamadas de mecânicas. Segundo o exemplo dado por Durkheim, se violo as regras da higiene que me ordenam que não me aproxime de coisas contaminadas, sofro a consequência da enfermidade. As consequências podem ser previstas quando se examina o próprio ato a ser praticado.

No caso das regras morais, não posso deduzir da análise de um possível ato de violação a sua consequência. Quando violo a regra que me ordena não matar, exemplifica Durkheim, não encontro no próprio ato do homicídio a menor noção de condenação (1994: p. 67-8). Neste caso, entre o ato e a sua consequência – a sanção – existe uma completa heterogeneidade. Para Durkheim (1994: p. 69-9),

*[...] a sanção é uma consequência do ato, que não resulta do seu próprio conteúdo, mas da circunstância de que o ato não se acha de acordo com uma regra pré-estabelecida. Ou, em outras palavras: é por existir uma regra ditada com anterioridade e porque o ato é um ato de rebelião contra essa regra, que o mesmo implica uma sanção.*

As regras pré-estabelecidas contam com a autoridade moral derivada do grupo ou sociedade e por esse motivo impõem respeito. A sociedade ou grupo, na concepção de Durkheim, é "um conjunto de ideias, de crenças, de sentimentos de toda espécie, num amálgama realizado pelos próprios indivíduos" (1994: p. 90). Vale destacar que esse amálgama ultrapassa e supera a realidade individual, mas é o resultado das ações e reações que ocorrem entre os indivíduos e que produzem uma vida mental nova.

Este é um dos principais pontos de aproximação entre a abordagem durkheimiana e a de Garfinkel (1967) apontados por Hilbert (1992). Na medida em que é um aspecto da consciência coletiva, a moralidade constitui-se como algo que nenhuma pessoa concreta pode incorporar, manifestar ou ser. Qualquer comportamento individual será, um pouco mais ou um pouco menos, uma violação da moralidade coletiva, mesmo porque pode se pautar por regras morais restritas a um grupo ou a uma situação específica. De acordo com Hilbert (1992: p. 47), a consequência mais importante do caráter transcendente da moralidade coletiva seria aquela situação em que a consciência coletiva, nas mentes individuais, se reduziria a alguma coisa fenomenicamente não existente, o que enfraqueceria o tecido da sociedade, produzindo anomia.

Para que se afaste a possibilidade da anomia, os membros da sociedade recuperam a moralidade comum e o sentido de ordem estável identificando as ações de transgressão e realizando o julgamento ritual do status daqueles comportamentos de acordo com os termos da consciência coletiva, que de outra forma seria um ideal inacessível ou mesmo intangível. Essa cerimônia recorrente é essencial para a manutenção da sociedade, ou da moralidade percebida como uma realidade objetiva, e é colocada em prática nas mais diferentes e corriqueiras interações sociais.

Os membros da sociedade ou dos grupos realizam continuamente esses procedimentos para a manutenção de um sentido de ordem estável. Quando julgam e sancionam as ações concretas com base em uma noção de moralidade comum objetiva, estão na verdade construindo em seus relatos não só os sentidos das ações concretas, como estão também tentando recuperar a percepção da existência de uma moralidade comum objetiva e transcendente. Nem sempre os membros e grupos são bem sucedidos. A anomia é sempre uma possibilidade e sua aparição terá de ser administrada de alguma forma.

Nas próximas páginas, vamos fazer, a partir de entrevistas concedidas por pessoas que cumpriam pena privativa de liberdade, alguns apontamentos sobre as interseções entre a moralidade convencional e o envolvimento com atividades criminosas. Procuramos chamar a atenção para os aspectos morais do pensamento das pessoas envolvidas com atividades criminosas quando perguntadas e estimuladas a construir relatos sobre as suas próprias experiências.

### 3 A FAMÍLIA, A SIMPLICIDADE DA VIDA NO INTERIOR E A RELIGIÃO

O primeiro aspecto que se destaca nas entrevistas em relação ao desenvolvimento de argumentos morais é o grande valor atribuído à família e, em especial, à mãe pelos entrevistados. Com poucas exceções, a família e a mãe são apresentadas como entidades que ocupam o lado oposto de uma opção que é entendida por alguns como "errada". Alguns entrevistados referiram-se a si mesmos como sendo a "ovelha negra" da família. O único entre os familiares que teria se envolvido com o crime. Ramalho (2002: p. 112) observou o mesmo tipo de referência à família em sua etnografia sobre o mundo do crime. De acordo com o autor, a valorização da família corresponde a um sinal de recuperabilidade, ou seja, à possibilidade de retorno à vida em sociedade.

André, por exemplo, conta que passou a infância com a família e viveu na casa dos pais até os 18 anos. A maneira como vê o seu envolvimento com o crime já se evidencia quando diz: "Eu fui a primeira ovelha negra". Muitas vezes, os entrevistados falam da condição de vida dos irmãos, destacando o fato de que trabalham, têm bons empregos e famílias estruturadas. Parecem querer dizer com isso que poderiam também ter seguido o caminho convencional, mas que, por algum motivo, não o fizeram. A referência aos irmãos significa também que o caminho convencional não está fechado, poderá ser retomado após o cumprimento da pena. Muitos contam com a ajuda da família para recomeçar. Os entrevistados parecem dizer que têm uma origem boa, que poderá ser recuperada em algum momento da vida. Aqueles que se apresentam como "ovelhas negras", preservam as famílias como a referência de uma conduta adequada em relação às regras sociais, conduta que poderão retomar no futuro. Colocam-se como desviantes em relação a um padrão familiar correto e contam com a ajuda dos familiares para retornarem ao caminho considerado bom.

Não são poucos os casos de entrevistados que relataram situações em que ofereceram dinheiro em casa, para ajudar nas despesas, mas que a mãe ou o pai recusaram veementemente a

quantia, pois sabiam da sua origem ilícita. André chegou a oferecer dinheiro à mãe, mas ela dizia que "dinheiro de crime é coisa que não presta". O entrevistado passou então a esconder da mãe o seu envolvimento. Sempre que ela perguntava, ele negava e dizia que "não estava mexendo" com o crime.

André contou uma história curiosa: a sua mãe passava por severas dificuldades financeiras, não tendo, muitas vezes, o que comer em casa. O entrevistado, já envolvido com o crime, queria ajudar, mas a mãe se recusava a aceitar qualquer ajuda vinda dele porque desconfiava da origem ilícita do dinheiro. O entrevistado passou então a pagar a uma pessoa para que se apresentasse à sua mãe como alguém que estivesse pagando a seu filho por um serviço realizado. Dessa maneira a mãe aceitava o dinheiro e podia fazer a despesa de casa. O entrevistado mostra com seu relato que a família não compartilha de seu envolvimento com atividades ilícitas e, ao mesmo tempo, mostra que as suas intenções eram "boas". Engana a mãe e oferece a ela o dinheiro ilícito, que de outra forma recusaria, mas por um motivo "nobre", ou seja, para o sustento da casa. O relato evidencia o uso de um procedimento engenhoso pelo qual são manipulados os preceitos morais respeitados pela mãe de modo que se atinja um resultado moralmente "desejável", o sustento da casa.

Sérgio, como também acontece com frequência, dá importância à sua família e ao fato de conviver com os familiares mesmo depois do envolvimento com o crime. A família é uma espécie de ponto de referência do que é certo e do que é bom. Mesmo afastado do modo de vida indicado pela família ou por aquilo que ela representa, o entrevistado continua valorizando os conselhos dos pais e as tentativas de retirá-lo do envolvimento com o crime.

*Eu tive família, até hoje, graças a Deus, né, quando fala com eles é muito bom, né. Minha família me deu muito conselho, minha mãe e meu pai arrumou emprego pra mim de office boy".*

Depois que sair da prisão, Sérgio pretende cuidar da sua família. Essa fala é bastante comum, talvez repetida mais vezes do que aquelas que se referem ao desejo de conseguir um emprego. Muitos entrevistados se referem à família como o lugar para onde vão quando saírem da prisão. Alguns dizem que vão voltar para casa da mãe, outros dizem que vão morar com a esposa e os filhos.

Em relação ao emprego, quase todos afirmam que pretendem deixar o crime e trabalhar em uma atividade convencional. Mas muitos demonstram desconfiança em relação às reais possibilidades de conseguirem emprego. Alguns entrevistados, depois de falarem que pretendem trabalhar, fazem algum tipo de ressalva dizendo que existe a possibilidade de não conseguirem emprego e que, nesse caso, seriam obrigados a voltar ao crime. Nestes casos, se eximem de responsabilidade pelo retorno ao crime, pois essa alternativa não seria pretendida, tendo ocorrido apenas porque a "sociedade" não facilitaria o retorno de egressos do cárcere ao mercado de trabalho.

Nesse aspecto, o interior do estado costuma aparecer nas entrevistas como uma solução tanto para o problema da vida em família, como do emprego. Vários entrevistados se referiram à ideia de passar a morar no interior com a família depois de cumprida a pena, ou mesmo durante a liberdade condicional, e dessa forma se afastarem das tentações e perigos da cidade grande. O interior também é visto como um lugar em que é mais fácil conseguir um emprego, mesmo que seja um emprego na lavoura.

Em alguns casos, a referência ao emprego na lavoura se mostra claramente como uma opção por uma alternativa de emprego simples e de baixa remuneração que contrasta

evidentemente com o estilo de vida que contribuiu para que o entrevistado se envolvesse com a atividade criminosa. Isto é, um estilo de vida que exige gastos com bebidas, drogas, mulheres, carros, motos e que está sempre ligado à aventura. Parece haver um raciocínio que associa a simplicidade da atividade a uma suposta pureza. Assumir uma atividade simples e de remuneração pequena seria uma forma de se afastar das tentações do crime. Há claramente um sentido moral nesse raciocínio na medida em que a opção pela vida “simples” do interior é percebida como algo intrinsecamente “bom” que trará como recompensa – ou sanção positiva – o afastamento das tentações do crime.

#### 4 PRISÃO INJUSTA, ELABORAÇÕES SOBRE A PENA

Em relação à prisão e à condenação, muitos entrevistados, mesmo se apresentando como culpados, percebem algum tipo de injustiça durante os procedimentos. Os critérios que usam para avaliar a sua conduta e as medidas tomadas pela polícia e pela justiça criminal dizem muito sobre as suas ideias sobre a atividade criminosa.

Em relação à prisão por tráfico, Alisson acredita que a prisão foi injusta, pois o flagrante teria sido forjado.

*Na justiça, pela lei, eles não poderia ter dado flagrante ne nós. Porque é o seguinte, rodou eu e meu parceiro, a gente já tava cagueado no 0800. Só que, porém, a caguetagem do 0800 era que eu era traficante, meu parceiro também era traficante, mas não tinha droga nenhuma que eles pegasse com nós, ele deram geral ne nós, não pegou nada com nós, e foi lá no jogo de totó, numa distância daqui na parede, pegô a droga dentro do totó e falou que era nossa. O pessoal do bar testemunhou a nosso favor. A polícia pra forjar pra qualquer um eles não mudam a roupa não.*

O entrevistado não contesta o fato de ser traficante, conforme teria sido denunciado pelo telefone. Mas contesta a forma como foi efetuada a prisão, já que o flagrante teria sido forjado pela polícia. Alisson percebe e relata uma das formas de operação da rotulação (BECKER, 1979) na medida em que foi preso “por ser traficante” e não pela “posse de drogas”. Agia cuidadosamente, procurando não portar drogas, evitando assim o flagrante. Mas como “a polícia pra forjar pra qualquer um, eles não mudam a roupa não”, a sua precaução não foi suficiente para evitar a prisão.

No entanto, é interessante observar que apesar de reconhecer a injustiça do flagrante forjado, a situação toda é percebida com desalento.

*Eu tô preso, tô pagando, não adianta não, mas só que pela justiça, pela lei mesmo, eu não poderia ser condenado não. A denúncia foi anônima, correto, mas eu não tinha nada na mão, como iam me prender?*

Quando afirma que está preso, que está “pagando” e que não adianta fazer nada para mudar a sua condição, Alisson constata de forma resignada que é impotente para reverter a situação. Mesmo que a prisão tenha sido injusta, não há recurso possível, o entrevistado se conforma a cumprir a pena.

A mesma postura de resignação aparece em outras entrevistas. Sobre a prisão, André conta que emprestou uma arma para rapazes que foram fazer um assalto e acabaram matando o vigia. “A condenação que eu tomei nesse revólver foi muito. Foi 8 anos semiaberto. E eu não tinha envolvimento nenhum. Se eu tivesse envolvimento, aí sim, mas eu não tinha”. O envolvimento que ele afirma não ter seria o de estar presente no momento do crime.

Mesmo percebendo como injusta a decisão judicial, conclui da seguinte maneira: “Em relação à justiça é isso mesmo, cometeu erro tem que pagar”. Ou seja, o entrevistado admitiu ter cometido um erro e reconhece a necessidade de pagar, mas o erro que admite parece ser o de ter praticado uma ação – o empréstimo da arma – que “para ele” não seria errado, mas que “para a justiça” é motivo de condenação. O fato de a sentença ser injusta é percebido apenas como um dado da realidade contra o qual não é possível reagir.

Fabrizio, ao narrar a história de sua prisão, também adota uma postura resignada:

*Fugí aí mais ou menos uns 5 ou 6 quarteirão a pé porque o carro que eu tava com eles foi sair e deixou eu sozinho e nisso aí quando eu fui abordado eu fui abordado como sempre apanhando, claro. Aí apanhei uns 10/20 minutos porque eles queriam que eu falasse onde estavam os outros, mas eu não sabia e mesmo se soubesse não ia falar de jeito nenhum. Depois eles me levaram para o DI, fiquei lá 10 dias, o advogado foi lá com meu pai. Depois eles mandaram um bonde com dez pra cá [Dutra Ladeira] e eu vim nesse bonde e to aqui até hoje.*

Nessa última fala é interessante destacar a expressão “aí apanhei uns 10 ou 20 minutos...” Mais uma vez aparece a percepção resignada sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal. O fato de apanhar da polícia é algo natural para o entrevistado – “eu fui abordado como sempre apanhando” – e ele se refere ao acontecido sem nenhuma emoção, sem se referir ao sofrimento, mas apenas ao tempo de duração. A agressão física é percebida como um meio tecnicamente adequado para se atingir um fim – “Aí apanhei uns 10/20 minutos porque eles queriam que eu falasse onde estavam os outros” –, mas o entrevistado destaca que não falaria, pois assim estaria traindo a confiança dos companheiros e correndo o risco de sofrer alguma retaliação.

Igor, como os demais, considera que a prisão não foi justa. As provas teriam sido forjadas. No entanto, o próprio entrevistado reconhece ter cometido crimes. Mas pensa que só poderia ser preso legalmente pelos crimes que realmente praticou. Como a polícia não conseguiu prendê-lo por esses crimes, acabou forjando um flagrante, já que estava “de olho” no que ele fazia.

*Não foi [justa] não, porque eles me confundiu, uai. Eu posso tá pagando por outros crime, né? Porque eles já tava de olho ne mim. Então é por isso mesmo, eles tava de olho ne mim, então eles não conseguiu me pegar pelos atos que eu tava fazendo, e por isso aí pra mim, foi forjado mesmo.*

Ao mesmo tempo o entrevistado acredita que aprendeu algumas coisas boas na cadeia e que, de certa forma, pode ter sido bom ficar preso. Caso não estivesse preso, poderia estar morto, argumenta.

*Então pra mim aqui eu aprendi muita coisa. Pra te falar a verdade, foi até bom pra mim. Se eu tivesse lá eu podia não tá conversando com você aqui agora no momento, eu podia tá no caixão, eu podia tá aleijado, na cama. Tem coisas boa, mas tem coisas ruim também que corre aqui entre nós.*

Fabrizio considera a pena recebida injusta para o tipo de crime que praticava.

*Acho que minha pena foi injusta pelo seguinte: 157 primário, não atirei em ninguém, só roubei lotérica, eu tomei 5 anos e 7 meses, fechado, primário. O que o 157 levaria é 5 anos e 7 meses semiaberto, se eu tivesse ganhado 5 e 7 semiaberto tudo bem, mas eu tomei um fechado. Tem que pagar no mínimo uns dois anos e seis meses.*

Ou seja, além de primário, não atirou em ninguém e não praticou o roubo contra transeuntes, mas apenas contra casas lotéricas. Por isso a pena deveria ser em regime semiaberto. Vários entrevistados apresentaram avaliação desse mesmo tipo. O roubo a transeuntes e o uso de violência desnecessária durante a ação do roubo são percebidos como ações passíveis de sanção. Um entrevistado chegou a mencionar que sempre procurava tratar bem a vítima. Outro disse que mesmo em caso de reação da vítima procurava manter a frieza e não usava de violência. Alguns entrevistados deram ênfase ao fato de que avisavam claramente à vítima que se interessavam apenas por seus pertences, ou seja, não pretendiam agredi-la. Vários entrevistados se referiram ao fato de que roubaram sem usar de violência e por esse motivo a pena deveria ser menor.

Mesmo assim, o roubo a transeuntes é mal visto por muitos dos entrevistados. A maioria negou ter praticado esse tipo de crime. Muitos dos que admitiram o fizeram se desculpando, expondo circunstâncias que os obrigaram a tomar esse tipo de iniciativa que eles próprios consideravam errada. Da mesma forma, o roubo a passageiros de ônibus é visto como algo errado. Roubar pessoas que trabalham e têm pouco dinheiro é visto como algo ruim.

O roubo a estabelecimentos comerciais, por outro lado, é visto como uma forma de roubar de quem tem. No caso das lotéricas parece haver ainda uma percepção de que roubar o dinheiro do jogo é algo "menos errado" do que valores de outra procedência. O dinheiro do jogo seria um dinheiro dispensado ao azar, isto é, não é um dinheiro a ser usado para o sustento da família.

Esses raciocínios, aparentemente contraditórios, em que a prisão e a condenação são percebidas como injustas, ao mesmo tempo em que os entrevistados reconhecem a culpa pelo envolvimento com o crime, fazem parte, na verdade, da percepção de que o sistema de justiça criminal é desorganizado.

Os entrevistados mencionam em seus relatos que a atuação da polícia ocorre frequentemente fora dos padrões legais. Muitos entrevistados foram presos em flagrante. Em muitos casos, os indícios que levaram os policiais a se decidirem pela prisão são questionados. Mesmo quando o flagrante não é deliberadamente forjado, a sua caracterização pode ser feita com base em elementos imprecisos. Como narra um de nossos entrevistados, a polícia não o encontrou, ou a seu parceiro, na posse de drogas, embora houvesse uma denúncia de que era traficante. A polícia encontrou drogas no mesmo recinto ocupado pelos suspeitos. Independente de a droga ter sido colocada no recinto propositalmente pelos policiais, como alega o entrevistado, ou não, o fato é que o entrevistado, seu parceiro e outras pessoas estavam presentes no bar em que a droga estava escondida. A conclusão de que a droga pertencia aos dois suspeitos se deu muito mais pela denúncia anterior de que eram traficantes do que por alguma evidência inequívoca.

Os entrevistados mencionam em seus relatos a contradição entre a incriminação legal pautada pelas regras processuais e a acusação social/moral que se dirige contra a subjetividade do transgressor e não contra a transgressão legalmente tipificada. Não por acaso, os entrevistados contestam as acusações com base em suas próprias concepções morais como a de que tomar os pertences da vítima, desde que não se faça uso de violência excessiva, não é algo tão errado.

Na verdade, a situação em que o suspeito é condenado por indícios e não por provas demonstra a operação do processo de rotulação criminal. A condenação por indícios significa que o objeto do processo e da condenação não foi o crime, mas a própria pessoa do agente que já entrou no processo,

desde o seu início, como culpado pela acusação moral. Os entrevistados relatam que os policiais, muitas vezes, decidem efetuar uma prisão porque já têm a suspeita, ou "já sabem", que um determinado indivíduo está envolvido com a prática de crimes. Nesses casos, ao invés de investigar para determinar a autoria de um crime, os policiais prendem aqueles que "já sabem" que são autores de crimes, em um procedimento semelhante ao do inquérito realizado de trás para frente descrito por Paixão (1982).

## 5 CÓDIGO DE CONDUTA DOS BANDIDOS

Mauro se apresentou como alguém que faz parte de uma antiga "malandragem" que segue um código de conduta segundo o qual o roubo e a violência que o acompanha não são aceitos.

*Eu sou conhecido rua. Eu sou muito conhecido na rua. Porque estou na rua desde os 13 anos de idade. Todos malandro me conhece e falava comigo 'vão rôba' e eu falava 'não, rôba eu não rôbo'". "Se eu topã com um desses folgado que gosta de pegar os outro e ficar batendo eu quebro a cara dele, uai. Eu já vi gente querendo pegar uma bolsa igual essa sua, se eu tiver passando perto na hora eu falo 'dá a bolsa ele rapaz, dá a bolsa senão eu te passo uma bala na cabeça'. Não deixo não. Não deixo ninguém robá ninguém não.*

O envolvimento com as atividades ilícitas começou com o fascínio pelas armas e o desejo de andar armado.

*Eu andava armado porque gostava, né. Quando a gente é mais moleque a gente é meio sangue quente, entendeu. Então, vão supô, a gente é sangue quente, mas a gente ainda tem um pouco o bom pensamento, agora tem outros que já tem o mau pensamento.*

A partir de certo momento, começou a usar e vender drogas. Mauro justifica o uso dizendo que droga é algo que se encontra facilmente, que está presente em todos os lugares. Esse tipo de justificativa aparece com frequência. Os entrevistados reconhecem que fazem algo errado, mas que não são os únicos. O erro seria, na verdade, comum e disseminado e, portanto, "menos errado": "Foi a partir do momento em que eu fui ferido. Antes eu andava no meio da malandragem, fumava um baseadim, isso aí é coisa que cê já vai crescendo, vai vendo pra todo lado mesmo".

Warley acredita que pode sair do crime porque não tem nenhum "furo". Não tem dívidas ou desavenças.

*Tenho cinco cadelã com essa aqui. Eu fui atuado no DI, do DI fui pra Tóxico, da Tóxico fui pro CERESP, do CERESP pra Furtos & Roubos e agora tô aqui. E daqui eu pretendo ir embora se Deus permitir, se Deus me der a permissão dele, não tenho furo no crime, aonde que eu entrã eu saio, agora quem tem furo infelizmente... Tem truta, vai ali cagueta, cagueta é quem vai ali e fala pros polícia. Eu não tenho guerra com ninguém, entrei sozinho e tô saindo sozinho nessas unidade. Aonde que eu ir eu sou bem vindo.*

O entrevistado afirma que é importante estar sozinho e não participar de grupos. Participar de grupos implica necessariamente inimizades com pessoas que não fazem parte daquele grupo. Uma postura mais individualista pode significar a preservação de uma reputação isenta de questionamentos, ou seja, de "guerras", como afirma Warley. Os "furos" seriam provenientes das delações e o entrevistado enfatiza que nunca as praticou.

Rogério estava preso por assalto a ônibus. Como vimos na seção anterior, o assalto contra passageiros de ônibus é mal visto pela maioria. O entrevistado procura mostrar que não assaltava os passageiros, mas apenas a empresa.

*Só assaltava o ônibus, pessoa que tá dentro do ônibus é sofredor também. Então a gente, nesses assalto assim a gente ia mais pegar o da empresa mesmo. Porque a empresa tem muito, né? O que a gente tira deles ali é um desfalquinho lero lero.*

Levar o dinheiro da empresa não é tão ruim porque eles “têm muito”. Para o entrevistado, no caso da empresa, o roubo significa um pequeno desfalque sem maior importância. A ação que poderia ser condenada moralmente – roubar de trabalhadores sofredores – não seria, de acordo com o relato, praticada. Vale destacar que, ao se referir aos passageiros do ônibus como “sofredores também”, o entrevistado estabelece um sentido de proximidade que faria do roubo uma ação condenável. Roubar dos passageiros seria roubar de semelhantes. Roubar da empresa, por outro lado, seria roubar dos outros, dos que tem muito e para quem o roubo representaria um pequeno desfalque.

Euclidiano conta que roubava casas lotéricas porque nelas encontrava dinheiro de jogo. De acordo com o seu relato, não teria coragem de roubar ônibus e táxis, pois o dinheiro seria “suado”. O entrevistado afirma que não “teria fôlego” para anunciar o assalto no caso de ônibus e táxis. O fôlego lhe faltaria pelo fato de saber da importância daquele dinheiro para os seus portadores.

*Sempre roubava loteria. Loteria é coisa de jogo, então faz parte. Eu não tinha medo de roubar loteria. Mas ônibus, táxi eu sempre pensava que não porque eles tão suando pra conseguir o dinheiro, eu vou chegar e pegar, não tinha coragem, mesmo que eu quisesse eu não tinha fôlego pra anunciar o assalto.*

Esse entrevistado era jogador e, de acordo com o seu relato, quase todo o dinheiro que ganhava fazendo assaltos, gastava com o carteadado. Contou que, dos valores que roubava, deixava uma pequena parte em casa, com a esposa, e a maior parte era usada no jogo. No primeiro assalto que realizou sozinho, teria permanecido nas imediações de uma casa lotérica por um longo tempo, sem coragem para fazer o assalto. Até que viu alguém pagando uma conta com uma cédula de 50 reais. Quando viu o dinheiro grande, ganhou coragem. Conta que calhou de a lotérica ficar vazia nesse mesmo momento e assim entrou e fez o assalto. A partir dessa primeira vez, repetiu o roubo a casas lotéricas muitas vezes e depois teria roubado outros estabelecimentos comerciais, como lojas de roupas. Mas sempre destacava que passageiros de ônibus e taxistas ele não tinha coragem de assaltar. O dinheiro do jogo seria, na sua percepção, um dinheiro dispensado, um dinheiro da ambição, um dinheiro que não foi usado em casa, para gastos que poderiam ser chamados de “nobres”. Esse dinheiro poderia ser roubado, já que seu próprio dono o teria colocado em uma aposta.

Alberto conta que a decisão de assaltar uma mercearia aconteceu por acaso, depois de um encontro com colegas que fumavam maconha enquanto se preparavam para fazer um assalto. A escolha da mercearia se deu no momento em que se viram diante do estabelecimento. Situação que nos lembra a relação entre delinquência e deriva, tal como elaborada por Matza (1964). É interessante observar que, de acordo com o relato, um dos fatores que levaram o entrevistado a se decidir pelo assalto foi o fato de ter dado “a sua palavra” em um primeiro momento e não poder voltar atrás. Podemos notar uma situação interessante que diz respeito a um vínculo que se estabelece entre um compromisso moral constituído no nível da interação face-a-face que conduz, por sua vez, a uma ação contra os padrões morais constituídos coletivamente.

*Porque os meus parceiro, como diz assim, eu não considere eles até hoje nunca mais como parceiro porque eles me traíram. Eu pessoalmente tava vindo do exército, certo? Eu ia entrar pro exército, aí encontrei com eles, já ia pra minha casa pra podê almoçá, né? Se tivesse alguma coisa pra mim comer e voltava de novo pra mim podê pegar minha farda. Aí encontrei com esses rapazes, aí eles tava fumando um baseado, eu me lembro ainda como hoje, aí pego e falei: ‘Aí, colê, vamo lá’. Eu falei: ‘Não mexo com isso aí mais não. Parei. Não quero nunca mais mexê com esses trem’. Aí pagou pau, né? O pessoal: ‘Fuma aqui que ocê vai ficar beleza. Aí cê vai animá’. Eu falei ‘é’, Aí então peguei e dei uma bolinha. No baseado, na maconha, né? Dei uma bolinha com eles né? E aí passei umas meia hora assim e eu senti mesmo realmente que eu tinha mudado, né? Mas só que eu mudei ali assim, mas o meu pensamento eu não tinha mudado, entendeu? Falei com eles: ‘Eu não vou não, não vou mexer com esses trem não. Aí eles falou: ‘Que isso’. Ele olhou assim pra mim. Um tava com um 22 e outro com uma garrucha e tava sobrando uma faca aí ele foi, me deu a faca e falou assim: ‘Colê, falou que ia, agora vai dá mole?’ Aí eu pensei e falei assim: ‘Nossa, esses cara, falei uma coisa, é foda, a gente não pode voltar a conversa atrás. Aí fui lá com eles.*

Essa situação nos remete às diferenças entre regras morais particulares e a moralidade coletiva transcendente, tal como observada por Durkheim. O entrevistado elabora em seu relato um sentido de compromisso em relação aos colegas na rua e assim não seria adequando voltar atrás após ter dado a palavra de que participaria do assalto. No entanto, esse compromisso dizia respeito a uma ação em que iriam invadir uma mercearia para roubar dinheiro e mercadorias. Nesse aspecto, o entrevistado não demonstrou nenhuma consideração moral. Disse apenas que precisava do dinheiro e dos mantimentos para ajudar a família (sem usar a ajuda à família como alibi) e, portanto, decidiu roubar.

## **6 DETERIORAÇÃO DO MUNDO DO CRIME. DESCONFIANÇA**

Uma ideia interessante que surgiu várias vezes ao longo das entrevistas é a de que estaria em curso um processo de deterioração da confiança entre as pessoas em geral e entre os envolvidos com atividades criminosas em particular. Esse problema não deixa de ser moral e se relaciona evidentemente com a divergência entre pontos de vista constituídos por realidades morais diferentes e, às vezes, contraditórias. Muitos entrevistados fizeram referência a situações em que a confiança foi rompida ou não chegou a se estabelecer adequadamente.

Ramalho (2002: p. 74-75) encontrou em sua pesquisa referências ao malandro como a figura principal no mundo do crime. O malandro poderia ser positivo – quando cumpridor das regras de procedimento da massa – ou negativo – quando desrespeitador das regras. Considerando os relatos apresentados por nossos entrevistados, o malandro positivo parece ser uma espécie em extinção.

Alberto, o mesmo que foi assaltar a mercearia com os colegas porque não podia voltar atrás com sua palavra, ao relatar a sua participação no assalto e a conseqüente chegada da polícia, chama a atenção para o fato de que no momento em que apontou a arma e ameaçou atirar contra o segurança ele “não acreditou” na ameaça. Essa menção aparecerá em outras entrevistas e permite uma interpretação relacionada ao tema da falta de confiança que está presente no mundo do crime e na sociedade nos dias de hoje:

*Eu não, os meus amigos, esses cara, suposto amigo é que foi, eu não [presos na mesma hora]. No bairro lá, eu fiquei perdido no bairro. Que tem polícia demais. Ai eu me lembro, se eu me lembro mesmo, acho que eu peguei na época não sei se foi 10, 50 cruzeiros, não lembro mais quanto foi, porque não tinha esse reais ainda não, era cruzeiro na época. Ai eu consegui pegar e eles também pegaram algumas coisa e saíram, mas só que nisso deles saíram deu aquele tumulto danado, atirei num segurança, é, eu tomei a arma do rapaz e falei: 'Eu não vou entrar com faca na mão não'. Peguei o 22 dele e fiquei com a arma. Ai ele prendeu um dos cara. Prendeu um dos cara ai eu peguei o revólver, ele também com revólver, eu peguei e apontei o revólver pra ele e ele não acreditou. Ele pôs o cara na frente e falou: 'É ocê que vai ter que soltar'. Falei: 'Eu não. Você que vai ter que soltar o revólver'. Ai na hora eu peguei e disparei os tiros por cima dele. Só que pegou lá nele assim por cima do ombro dele. Ai ele soltou o rapaz e o rapaz saiu correndo e eu acabei de dar mais uns tiro nele. Ai na hora surgiu muita polícia. A polícia também me deu um muncado de tiro. Se eu tô vivo hoje em dia, eu vou ser sincero pra você, é pela glória e honra ao nome do Senhor Jesus, que eu sou muito grato ao Senhor Jesus, por ter me retornado, ter me dado a minha vida novamente. Depois lá no morro também, o próprio camarada juntou com a polícia lá e me deu um muncado de tiro também. O próprio cara que tava junto comigo.*

Alberto fez a ameaça de atirar, mas, como foi dito, o segurança não acreditou. O entrevistado acabou atirando e o segurança revidou. Houve troca de tiros, inclusive depois da chegada da polícia. A maneira pela qual Alberto menciona o fato de que o segurança "não acreditou" em sua ameaça mostra que a situação, para ele, é inesperada e perturbadora. O agente se vê diante de uma situação em que é obrigado a cumprir a ameaça para alcançar os seus objetivos. O fato de ter que cumprir a ameaça e o caos representado pelo tiroteio que se segue, reforçam a percepção de uma ausência de confiança nas relações interpessoais.

Alberto foi denunciado pelos colegas que participaram do assalto à mercearia. Os mesmos colegas que o convenceram a participar do assalto, aqueles a quem ele não quis decepcionar voltando atrás em seu compromisso:

*No mesmo dia um foi para casa da mãe deles e outro foi pra casa da irmã. Ai eles foram e falaram com a mãe deles o decorrido, o que aconteceu. Ai a mãe parou o carro, deu muita polícia, parou a polícia, pôs ele com o revólver, entregou, e foi lá na minha casa com a polícia fala quem que era. Mas quem falou foi ele, uai.*

Mauro, o malandro que não gostava de ver ninguém roubando, menciona em sua entrevista a ideia de que houve uma deterioração da confiança no mundo do crime. Não haveria mais confiança entre os "malandros".

*Gostava de trocar umas ideia, porque todo mundo respeitava uns aos outros, não tem falsidade, quer dizer, não tinha, não tinha falsidade. Agora? Agora nego fala 'vão ali pra nós fuma um cigarrim ali', chama ali e já mata ocê. Então não tem mais amizade. Teve um certo tempo que era um crime conceituado, pessoal falava e cê respeitava. Agora não tem respeito a ninguém.*

É a mesma percepção apresentada por Roberto.

*Pretendo voltar pra mesma vida que eu tinha. Não quero continuar no crime. Não existe mais crime. O crime existiu, existiu o crime, existiu o crime, antes cê saia ai cê buscava 100 mil, cê chegava, dividia tudo e cada um lá culdar da sua vida. Hoje se acontecer isso numa quadrilha ai um vai matar o outro até conseguir todo o dinheiro, certo. Então, o crime já era.*

É possível dizer, pela frequência desses tipos de afirmação e pela variedade de situações em que surgem espontaneamente nas entrevistas, que é um assunto recorrente entre os próprios presos. A maior parte deles tem alguma história de traição ou de mal-entendidos para contar. O tempo é um elemento importante nessas histórias. Todos localizam a desconfiança no presente e falam de um passado em que havia códigos de conduta vigentes no mundo do crime. Trata-se, provavelmente, de uma idealização do passado, mas, por ser repetida inúmeras vezes, torna-se uma idealização com ares de constatação objetiva.

Fernando conta que foi preso porque sua mulher o denunciou. Afirma que isso aconteceu porque "hoje em dia" as pessoas não querem ver as outras em uma boa situação. É o mesmo tipo de entendimento – de que não existe mais confiança entre as pessoas – que aparece em várias outras entrevistas.

*Eu fui preso por, eu fui preso porque nesse mundo de hoje lá fora a ambição é muito grande e tem gente que não quer ver você bem, foi o motivo por qual eu vim preso. Uma companheira minha de muita confiança minha. Ela se envolveu com o crime porque se envolveu comigo e envolveu comigo envolveu com o crime. A gente teve uma briga e nessa briga que a gente teve ela num gostô, ela num gostô e num tinha um meio de me prejudicá fisicamente, o jeito que ela teve foi esse. Ela me denunciou. Me prenderam, no momento da abordagem não haviam droga comigo, não haviam nada, reviraram a minha casa e no lugar onde que eu aguardava a droga ela chegou e me apresentou a droga, né? Tava com cem papel de pedra.*

No caso desse entrevistado houve uma traição praticada por sua própria mulher, que também havia se envolvido com o crime. É curioso observar que, de acordo com Fernando, a mulher não tinha envolvimento com o crime até conhecê-lo. Depois de conhecê-lo se envolveu, como não poderia deixar de acontecer, segundo a percepção do entrevistado. Não tendo outra forma de atingi-lo, optou pela denúncia. Assim, a mulher, que era de confiança, deixou de ser a partir do momento em que se envolveu com o crime. Numa desavença com o marido acabou usando a arma que tinha: a denúncia.

De acordo com Wilson, a "malandragem" era de confiança no passado, hoje não é mais.

*Agora eu falo procê uma verdade, que o crime não tá com nada não tá não. Crime tá por fora. O crime não compensa não. O cara fala que é amigo da gente, mas tá querendo é matá a gente". A malandragem de primeiro não agia assim não, agora tá agindo assim. A malandragem agora tá agindo é assim. Mexeu ali não achou o cara, vai lá e mata a família, queima a família.*

Wilson se refere a uma situação já mencionada por Mauro, o assassinato sem qualquer motivo aparente. No caso da entrevista de Mauro, há a referência ao assassinato de membros da família, que pode ocorrer quando o inimigo não é encontrado. A ideia elaborada nesses relatos é a de que não é possível identificar as regras que orientam as ações das pessoas. Até mesmo nas situações de violência, regras são necessárias para que as pessoas soubessem onde estão os limites. Os entrevistados parecem sentir falta dessas regras mínimas, sentem falta de um mínimo de previsibilidade e orientação no ambiente em que vivem. A incapacidade de encontrar um sentido moral nas situações vividas indica a presença da anomia.

Acácio considera que

*Hoje em dia o crime também acabou. Hoje em dia é pouca coisa e eles te matam ocê. Se ocê tá ganhando dinheiro, se ocê tá vendendo droga, se ocê é o cara no morro, eles te matam ocê. Anti-*

*gamente tinha respeito. Hoje esses menino novo tá matando pra fazer nome. Eu saio da cadeia... chego no movimento do crime... eu posso morrer. Por que? Porque o menino novo lá ele quê fazer nome. Eles quê fazer nome e faz. Cê não conhece eles, não sabe a intenção deles. Quando ocê conhece, ocê sai fora, mas quando ocê não conhece? Menino com 12 anos tá matando.*

Vale destacar as observações do entrevistado de que "Eles qué fazer nome e faz" e de que "Cê não conhece eles, não sabe a intenção deles. Quando ocê conhece, ocê sai fora, mas quando ocê não conhece"? A intenção de matar "para fazer nome" é apresentada como um dado da realidade e restaria então a alternativa de evitar o contato com aqueles que têm essa disposição. Como o entrevistado não tem como identificar antecipadamente quem são os dispostos a matar para fazer nome, percebe-se em uma situação de desorientação e risco permanente

É curiosa a observação de Rogério. Para ele, o crime em Belo Horizonte não é bom, os criminosos são desonestos. O crime seria bom no Rio de Janeiro e em São Paulo:

*Aquí em BH aquí o crime é podre. No Rio de Janeiro é melhor. Porque lá a bandidagem é mais conscientizada, mais inteligente. Agora aquí não. Aquí o que a gente vê é muitos querendo pegar irmãozinho que tá sofrendo. São Paulo também é muito bom. Pra pessoa viver no crime é bom. Porque lá todo mundo sabe que tendo pilantragem morre. Aquí não, aquí a gente vê muito pilantra aí no meio da gente aí e a gente não pode fazer nada. Eu não pego uma faca e vô dá num cara uma facada. Pra mim me atrasar e pegar 30 ano de cadeia? Eu quero sair. Eu quero me adiantar. Saí. Começar a trabalhar de novo.*

Nesse caso, temos uma variação da idealização do passado. Dois lugares diferentes são idealizados. De alguma forma, o entrevistado criou essa noção de que o crime no Rio de Janeiro e em São Paulo é melhor do que em Belo Horizonte. Os criminosos do Rio e de São Paulo são, de acordo com o entrevistado, mais conscientizados, o que acontece nesses lugares é que as pessoas sabem que se fizerem "pilantragem" morrem. Rogério aponta a existência de regras válidas que se forem descumpridas levam à morte do transgressor. Mais uma vez, a falta de regras ou sua desorganização – a anomia, em outras palavras – parece ser um problema sentido intensamente pela maioria dos entrevistados.

## 7 HOMICÍDIOS

No caso dos homicídios que envolvem questões de honra a dimensão moral do comportamento criminoso aparece com muita nitidez. Alguns assassinatos são narrados como se tivessem sido motivados por alguma atitude da vítima que foi interpretada como ofensiva ou imoral. Normalmente, os entrevistados não demonstram nenhum arrependimento quando falam desses homicídios. Na única entrevista não gravada, conversamos com uma pessoa condenada a vários anos de prisão por tráfico de drogas. afirmou categoricamente que nunca se arrependeu de ter matado algumas pessoas. Matou, por exemplo, quando era guarda na porta de uma boate, uma pessoa que, apesar de ter sido proibido de entrar, usou da força física para passar pela porta. Não havia escolha, disse o entrevistado, pois a vítima teria lhe faltado com o respeito. Argumentamos que uma falta de respeito, por mais incômoda que pudesse ser, poderia ser administrada de outra forma. Ele poderia ter simplesmente colocado o indivíduo para fora da boate. Mas ele não concordou. Um homem não pode aceitar certas coisas, disse o entrevistado. Tentando justificar o seu ponto

de vista, perguntou aos entrevistadores se não o matariam caso ele pegasse o "radinho" (o gravador desligado) que estava sobre a mesa e o quebrasse. Os entrevistadores responderam que, por mais que não gostassem de ver o "radinho" quebrado no chão, não o matariam por esse motivo. Mesmo porque um "radinho" quebrado nunca justificaria alguns anos de cadeia. A pergunta foi devolvida: não teria sido melhor deixar a pessoa da boate viva e economizar alguns anos de cárcere? Respondeu enfaticamente que não. Conclui-se, a partir do relato do entrevistado, que é melhor estar preso do que conviver com uma agressão moral que não foi solucionada adequadamente. Durante toda a argumentação o entrevistado se mostrou irredutível. O fato é que apresentou uma forte concepção moral sobre as relações entre as pessoas.

Esse não foi o único caso de não arrependimento pelos homicídios praticados. Aqueles que mataram por questões de honra ou traição se sentem justificados. Outros mataram pelo que chamam de "guerras do crime". Nesses casos, encaram o homicídio como uma decisão inevitável, pois estariam mortos se não tivessem matado o inimigo. Mesmo nesses casos, um dito comum entre os entrevistados revela uma perspectiva moral: "Melhor chorar a mãe dele do que a minha". Com essa frase, os entrevistados argumentavam que não matavam apenas para garantir a própria sobrevivência individual. Mas protegiam também a família do sofrimento que poderia ser causado por sua morte.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As falas dos presos chamam a nossa atenção para algo nem sempre notado: a perspectiva profundamente moral por meio da qual alguns dos envolvidos com atividades criminosas enxergam a realidade. Muitos consideram que o comportamento criminoso é errado. Tentam aliviar sua responsabilidade dizendo que teriam entrado para o crime por influência das más companhias. Outros afirmam que a injustiça e a corrupção estão presentes em todos os lugares e que não teriam alternativa de vida fora das atividades ilícitas. Essas não deixam de ser tentativas de amenizar a culpa por um comportamento ilícito.

É interessante o fato de que o crime que causa maior repulsa aos próprios criminosos é o roubo a transeuntes e a ônibus. Mesmo aqueles que praticam tais atos costumam afirmar que consideram errado prejudicar trabalhadores e inocentes, que não têm orgulho do que fizeram. Costumam se justificar dizendo que foram conduzidos por alguma força independente da vontade. As drogas, a bebida, a natureza de ladrão ou as más companhias têm a preferência nos discursos de neutralização da culpa.

Os roubos a estabelecimentos comerciais e a bancos são vistos como aceitáveis. Mesmo porque não é raro os próprios funcionários "darem a fita", isto é, avisarem quando o caixa da empresa está cheio. Especialmente no caso dos bancos, existe a crença de que eles têm muito e roubam de seus clientes. Não seria errado, portanto, roubá-los ("Tem que roubar de quem? O banco rouba da gente...").

O homicídio que envolve questões de honra é justificado moralmente e não encontramos expressões de arrependimento ou de autocondenação nesses casos. É comum o argumento de que existem situações em que a pessoa não tem alternativa a não ser matar.

Tratamos as entrevistas como relatos nos quais se desenvolveram, de um ou outro modo, argumentos morais sobre a conduta criminosa. A moralidade foi entendida como uma característica das regras de conduta que são obrigatórias e desejáveis, no sentido durkheimiano. Isto é, são obrigatórias e desejáveis no plano coletivo. No plano individual, das ações concretas, desempenha-



das por sujeitos reais, a moralidade coletiva será sempre mais ou menos agredida. A moralidade comum transcende a realidade individual – não é internalizada psicologicamente – e só pode ser acessada pelos indivíduos por meio dos rituais reparadores. Por esse motivo, a transgressão a essas regras provoca a aplicação de uma sanção que não pode ser deduzida da análise do próprio ato transgressor, mas que é decorrente do fato de a ação ser proibida (nos casos em que a ação é considerada boa e correta, podemos observar a aplicação de sanções positivas). Com a aplicação da sanção, os indivíduos (e a sociedade) procuram mostrar que a transgressão não anula a existência de uma moralidade comum, mas constitui-se apenas como um desvio isolado.

Observamos que os entrevistados, na medida em que são acusados e condenados pela transgressão da lei, são, ao mesmo tempo, objetos e participantes de rituais de reconstituição de um sentido de ordem estável ou de moralidade comum. Seus relatos nos dizem muito sobre esses procedimentos reparadores, pois se encontram em uma situação crítica – a rotulação criminal – que não é experimentada pela maioria das pessoas. Vimos diversas argumentações morais nas quais os indivíduos procuravam construir algum resultado específico. Seja a ideia de que erraram, mas teriam a capacidade de mudar e não voltar a cometer os mesmos erros, seja o reconhecimento de que erraram, mas que o erro deveria ser relativizado, pois não agrediram fisicamente a vítima, não roubaram de quem não tem ou roubaram para ajudar a família.

No final das contas, podemos afirmar que a rotulação criminal, como um processo que atribui ao sujeito os elementos de diferenciação individual que explicariam a sua propensão para a prática de atividades criminosas completa-se quando o próprio sujeito, de uma forma ou de outra, incorpora ou se identifica com a caracterização que lhe foi imposta. A partir do momento em que reconhece, se identifica ou põe em prática a caracterização moral como criminoso, o agente de práticas criminais passa a participar ativamente da cerimônia pública que, por meio da imposição da lei, promove a definição e o estabelecimento de seu contrário: o sujeito correto e cumpridor de seus deveres, que realiza em sua conduta as expectativas da ordem moral coletiva.

## REFERÊNCIAS

- BECKER, H. S. *Uma teoria da ação coletiva*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- CROMWELL, P. (ed.) *In their own words: criminals on crime*. Los Angeles: Roxbury, 1999.
- DURKHEIM, E. *Sociologia e Filosofia*. São Paulo: Ícone, 1994.
- DURKHEIM, E. *O suicídio*. Lisboa, Presença, 1987.
- GARFINKEL, Harold. *Studies in Ethnomethodology*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1967.
- GUSFIELD, J. *The culture of public problems*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.
- HERITAGE, John. *Garfinkel and ethnomethodology*. Cambridge: Polity Press, 1984.
- HILBERT, Richard A. *Ethnomethodology*. Chapel Hill: University of Carolina Press, 1992.
- MATZA, D. *Delinquency and drift*. New York: Wiley, 1964.
- MATZA, D. *Becoming a deviant*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1969.
- PAIXÃO, A. L. "A organização policial numa área metropolitana". In: *Dados*, Rio de Janeiro, v. 25, Nº 1, 1982
- RAMALHO, J. R. *O mundo do crime*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

## NOTAS DE FIM

1 Este artigo é uma versão ligeiramente modificada de um capítulo da tese de doutorado "O Crime segundo o criminoso: um estudo de relatos sobre a experiência da sujeição criminal", defendida no ano de 2006 no Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. As entrevistas foram feitas a partir de um roteiro, mas frequentemente seguiam por caminhos não planejados. Foram gravadas e posteriormente transcritas. Procuramos reproduzir o modo de falar dos entrevistados de modo a possibilitar o reconhecimento de sua condição social. Para informações completas sobre a pesquisa, consultar a tese que está disponível em: <[http://teses.ufrj.br/IFCS\\_D/CarlosAugustoTeixeiraMagalhaes.pdf](http://teses.ufrj.br/IFCS_D/CarlosAugustoTeixeiraMagalhaes.pdf)>.

2 Professor do Centro Universitário Newton. Doutor em Sociologia pelo IFCS/UFRJ.



Quem se prepara, não para.





Quem se prepara, não para.