

REVISTA
EXLEGE
DIREITO - FACEMP



 **FACEMP**

REVISTA EXLEGE - DIREITO - FACEMP

Não se tem a pretensão de apresentar uma visão única, completa, perfeita dos temas. A Revista Ex Lege é um espaço de debate de ideias onde alunos, professores, pesquisadores podem expor seu pensamento. Desde o momento que a revista faz a opção pelo debate democrático de temas relacionados com o direito, fica claro que ela abandona o projeto de fornecer a sociedade e ao mundo acadêmico a ideologia que orienta uma classe dominante. O Direito estima visões globais do homem e do mundo no sentido de orientar as sociedades políticas, as culturas e as civilizações.

Antônio Pedro M. de Oliveira.



Ano I - nº 01 - dezembro 2015

EQUIPE CENTRAL DA FACEMP

Presidente da Mantenedora

Antônio Le Martini

Coordenador Adjunto do Curso de Direito

Valter Guilherme Costa de Almeida

Diretora Geral

Mariana Martini

Secretária Acadêmica

Paula Santos de Jesus

Diretor Acadêmico

Henrique Tito Leonidio Rego

Editores

Antônio Pedro Moura de Oliveira

Henrique Tito Leonidio Rego.

Coordenador do Curso de Direito

Renato Geraldo Evangelista Salles Júnior

CONSELHO EDITORIAL

Profª Drª Custódia Almeida Martins. Universidade do Minho, UM, Portugal.

Prof. Dr. Fábio Gabriel de Oliveira. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Dr. Gilfranco Lucena. Universidade Federal da Paraíba, UFPB

Profª Drª Laudicéia Soares de Oliveira. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Profª Drª. Margarete Andreozzi Vaz Pereira Simon. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Dr. Sérgio Roberto Lemos de Carvalho. Faculdade Maria Milza, FAMAM.

Profª Msc. Alana Fagundes Viana. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Msc. Antônio Pedro M. de Oliveira. Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, UFRB.

Profª Msc. Cinthia Souza. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Msc. Felipe Jacques. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Msc. Henrique Tito Leonideo Rego. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Msc. Michell Possídio. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Msc. Uberdan Cardoso dos Santos. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Msc. Walter Guilherme Costa de Almeida. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Pro. Especialista. Caíque Barbosa. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Especialista. Diego Freitas. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Especialista. Everardo Ramos Júnior. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Especialista. Marcos Ferrer. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Especialista. Felipe Mendonça Montenegro. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Profª Especialista. Gizeli Braga. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Profª Especialista. Luciana Barbosa. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Prof. Especialista. Renato Geraldo Evangelista Salles Júnior. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

Profª Especialista. Susana Souza Andrade. Faculdade de Ciências Empresariais, FACEMP.

2015 - FACEMP

Uma publicação da FACEMP

Todos direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total, sem consentimento expresso dos editores.

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias dos respectivos tribunais.

Produção Editorial: Design Print Propaganda

Distribuída em todo o território nacional.

Tiragem: 0000 exemplares

Diagramação: Fernando Reis - Design Print Propaganda

Capa: Fernando Ataíde - Design Print Propaganda

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

REVISTA EXLEGE: DIREITO/FACEMP

Santo Antônio de Jesus, Ano I, n. 01, jul. -dez./2015

Publicação periódica

Semestral

v.1, n. 1, jul.-dez./2015

ISSN

1 Direito – periódicos - Brasil

I Faculdade de Ciências Empresariais - FACEMP II. Título.

CDD 340

Ficha catalográfica elaborada por: Magali Alves Albuquerque CRB 5/1438



FACEMP

FACEMP - Faculdade de Ciências e Empreendedorismo

Telefone: (75) 3631-3180

www.facemp.edu.br

Praça Renato Machado, 10, Centro.

Santo Antônio de Jesus - BA, CEP: 44573-045

A FACEMP

A Faculdade de Ciências Empresariais é uma instituição de ensino superior que nasceu impulsionada pelo idealismo, pela rica experiência dos seus instituidores e pelo esforço conjugado destes com a comunidade local.

Credenciada em maio de 2003, e recredenciada em 2013 pelo Ministério da Educação, a FACEMP busca incessantemente alcançar uma educação igualitária, de qualidade, que contribua para o crescimento de todos, dentro de um novo paradigma de cultura e saber. Respalda-se nas modernas metodologias de ensino-aprendizagem para a preparação de profissionais competentes e comprometidos com a geração de mudanças significativas, que possam influenciar positivamente as condições de desenvolvimento da cidade, região e municípios circunvizinhos.

Inicialmente, a FACEMP foi pensada para a formação e qualificação de profissionais da área empresarial. Porém, com o avanço da sua atuação, sua expertise no ensino superior, seu reconhecimento pela comunidade e visando suprir demandas regionais, a Faculdade ampliou a sua abrangência para as áreas de saúde e exatas. Atualmente a FACEMP oferece os seguintes cursos de graduação: Administração, Ciências Contábeis, Direito, Enfermagem, Engenharia Civil, Fisioterapia, Pedagogia, além das graduações tecnológicas em Análise de Sistemas, Redes de Computadores, Recursos Humanos e Logística.

Com o objetivo de melhorar continuamente a qualidade dos seus cursos e dos profissionais que disponibiliza para o mercado é que a FACEMP, com grande satisfação, lança a edição do primeiro número da sua Revista de Direito Ex-Lege. Ela representa não só a abertura de um novo canal para publicação de artigos na área, como também de reafirmar o nosso compromisso com a sociedade e com o estímulo ao gosto pela pesquisa e pela disseminação do conhecimento.

A concretização desta publicação é fruto de aspirações e do esforço de toda a comunidade acadêmica.

Antonio Carlos Lé Martini

Presidente da Mantenedora

Mariana Leal Martini

Diretora Geral



Apresentação

Todos os caminhos do Direito conduzem a uma melhor organização da sociedade. Consequentemente, todos os caminhos da justiça conduzem também à realização da pessoa humana no interior da vida social. O homem e a mulher não são um objeto qualquer no direito, eles ficam no centro. Todos os outros objetos que o direito considera giram ao redor da pessoa humana e têm por fim iluminar a conformação social.

Nesta primeira edição da Revista Ex Lege, curso de Direito, FACEMP, Santo Antônio de Jesus, Bahia, a pessoa humana frente aos problemas sociais, vai ser considerada em vários artigos. Contudo os editores quiseram por no início da série um volume que oferecesse de certo modo uma visão geral de temas que envolvem o mundo jurídico. Isto não significa que todos os números da Revista tenham este formato. A consideração de temas jurídicos mais genéricos nesta publicação tem a finalidade do incentivo à produção científica no curso de direito.

Não se tem a pretensão de apresentar uma visão única, completa, perfeita dos temas. A Revista Ex Lege é um espaço de debate de ideias onde alunos, professores, pesquisadores podem expor seu pensamento. Desde o momento que a revista faz a opção pelo debate democrático de temas relacionados com o direito, fica claro que ela abandona o projeto de fornecer a sociedade e ao mundo acadêmico a ideologia que orienta uma classe dominante. O Direito estima visões globais do homem e do mundo no sentido de orientar as sociedades políticas, as culturas e as civilizações.

Em comum acordo com a missão da FACEMP “Atuar na formação integral do homem, possibilitando a sua contribuição para o desenvolvimento do seu espaço de inserção” a Revista Ex lege oferece em seu primeiro número um olhar reflexivo, mas também incentivador onde o agir, respeitando a lei, é anterior ao dizer. Não é em virtude de um status que os articulistas debruçam seu olhar de pesquisador sobre temas jurídicos, mas com o desejo de dizer algo novo aos homens de hoje, à sociedade. Nada mais e nada menos que o que eles são e fazem. Por conseguinte, o objeto de estudo deste primeiro volume é apresentado na sequência: A Necessária Comunicação Entre o Direito e a Economia; Direito, Persuasão e Argumentação; As

Ações Possessórias e sua Relevância Prática na Sociedade Contemporânea Brasileira; O Direito das Minorias e o Processo Democrático Brasileiro: um enfoque nas questões de gênero; Federalização dos Direitos Humanos no Brasil; Assédio Moral no Trabalho em Face da Dignidade Humana; O Jus Puniendi à Luz da Legislação Pátria: Análise e Alternativas a Pena Privativa de Liberdade; A Redução da Maioridade Penal na Contramão da Ciência.

Antônio Pedro Moura de Oliveira.

SUMÁRIO

ARTIGOS:

1. A necessária comunicação entre o direito e a economia.....8
2. Direito, Persuasão, Argumentação.....30
3. As ações possessórias e sua relevância prática na sociedade contemporânea brasileira.....43
4. O direito das minorias e o processo democrático brasileiro: um enfoque nas questões de gênero.....63
5. Federalização dos direitos humanos no brasil.....83
6. Assédio moral no trabalho em face da dignidade humana.....99
7. O jus puniendi à luz da legislação pátria: análise e alternativas a pena privativa de liberdade.....114
8. A redução da maioria penal na contramão da ciência.....138

A necessária comunicação entre o direito e a economia

Fábio Gabriel de Oliveira¹

1 INTRODUÇÃO

O sistema privado, a sua hermenêutica e seus pilares institucionais atualmente estão em um momento de crise². Tal fato vem acontecendo paralelamente à chamada constitucionalização do direito privado ou direito civil-constitucional, processo que tem gerado enormes dúvidas acerca dos métodos de interpretação e aplicação do Direito.

Nessa perspectiva, percebe-se que toda uma gama de ciências sociais devem ser utilizadas como meios de aprimoramento da hermenêutica jurídica. Assim, a antropologia, a filosofia, a sociologia, dentre outras, já são, reconhecidamente, ciências que devem servir de alicerce para o debate Jurídico, tanto no momento da elaboração das normas, quanto no momento de sua aplicação.

Entretanto, a Economia, apesar de cada vez mais se solidificar enquanto ciência, durante muitos anos foi negligenciada nos debates jurídicos. Na verdade, houve um distanciamento dessas duas ciências, dada à maior aptidão da Economia em desenvolver complexos cálculos e fórmulas matemáticas.

Contudo, em sede de vanguarda, uma linha de pesquisa, denominada ora como “Análise econômica do Direito”, ora como, simplesmente “Direito e Economia”, vem tomando de assalto os grupos de pesquisa e pós-graduações *stricto* senso do nosso país, e do Mundo.

Várias entidades nacionais e internacionais foram criadas nos últimos 15 (quinze) anos como o fito de integrar essas duas ciências para a promoção dos valores sociais mais caros à dignidade.

Neste sentido, este breve estudo visa explicar alguns conceitos e a evolução dessa linha de pesquisa que alia o debate Jurídico à Economia, com o fim de evidenciar a sua importância na querela acadêmica.

¹ Doutor e Mestre em Direito Privado Pela PUC-Minas, Especialista em Direito Civil pelo CAD Gama-Filho, Professor Auxiliar de Direito Empresarial e do Consumidor da UNEB, Campus XV, Professor de Direito Empresarial da FACEMP, Advogado.

²A Crise do direito civil deve ser entendida como uma etapa de superação de antigos paradigmas do direito privado. Pode ser dividida entre a crise das instituições, crise da sistematização e crise da interpretação. (FIUZA, 2003, p 83 – 107).

2 A INTER-RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

Não há dúvida de que existe uma relação íntima entre o Direito e a Economia. Essa relação remonta aos primórdios do estudo da Economia como ciência. A título de exemplo, o primeiro texto brasileiro sobre a então chamada *Economia Política* foi escrito em 1804, pelo jurista José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu³.

O Visconde de Cairu, seis anos antes, havia publicado o seu primeiro livro de direito comercial, o famoso “Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha”, o “primeiro tratado sistemático de Direito Comercial escrito na língua portuguesa” (GREMAUND, 2001, p. 48). Veja, portanto, que a identidade entre Economia e Direito, ao menos no Brasil, já se encontra enraizada desde a sua gênese. Segundo GREMAUND (2001, p. 48) “a Economia Política que penetrou em Portugal e no Brasil com José da Silva Lisboa tinha a sua origem ligada a considerações de ordem jurídica.”

Inicialmente, a chamada Economia Política não era uma ciência autônoma. O seu estudo acadêmico aqui no Brasil se iniciou como uma cadeira do curso de Direito da Faculdade de Pernambuco, em 1808, onde o próprio Cairu, quatro anos após a publicação do seu livro, em 1804, foi seu primeiro catedrático.

Segundo o Visconde de Cairu, a Economia poderia se chamar a *Arte da Civilização*, com o fim de introduzir “nos países cultos um sistema exacto de justiça e leal correspondência” (LISBOA, 1956, p. 78). Evidentemente, a exemplo de todos da época, o Visconde de Cairu reverberava os ensinamentos de Adam Smith.

Tratava-se do liberalismo clássico onde a harmonia social se idealizava na perseguição do próprio interesse, pois na busca dessa satisfação estaria a opulência do próprio progresso. (GREMAUND, 2001, p. 49).

Em seu seminal trabalho, LISBOA (1956, p. 116-135) destacava 7 (sete) princípios fundamentais da ciência econômica, a saber:

- 1) É papel do soberano oferecer segurança às pessoas e propriedades legitimamente adquiridas com a menor restrição possível da liberdade de cada indivíduo.
- 2) O soberano deve prover o trabalho da forma mais livre, extensa e lucrativa para as pessoas de modo que jamais falte ocupação honesta a quem oferecer serviço.
- 3) Não turbar a ordem natural do trabalho e garantir a segura recompensa do serviço prestado.
- 4) Aplicação do produto do trabalho da Nação ao seu destino de proporcionar concretude ao segundo princípio.

3 Trata-se do Princípios de Economia Política publicado apenas 28 (vinte e oito) anos após o clássico Investigações sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações (1776), de Adam Smith.

- 5) Acumular fundos, poupados do anual consumo e não embaraçar os meios do natural crescimento econômico.
- 6) Proteção aos estabelecimentos religiosos e literários para manter e propagar a moralidade e a instrução pública.
- 7) Ter leis escritas com a maior clareza possível para que todos conheçam seus direitos e deveres e Polícia Civil e Militar para manter a ordem segundo os princípios antecedentes.

Veja-se que o discurso econômico de Cairu era um discurso juridicizado, no qual a relação íntima entre o Direito e a Economia era flagrante. Havia, portanto, naquela época (início do século XIX), uma relação muito próxima da Economia com o Direito.

Na verdade, no século XIX, os estudos de Economia Política eram, na maioria das vezes, trazidos a lume pela pena de renomados juristas. Dentre os textos nacionais, destacam-se as obras de Lorenço Trigo de Loureiro “*Elementos de Economia Política*”, de 1854; também os “*Apontamentos de Economia Política*”, de Aprígio Guimarães, publicada em 1879, e os “*Estudos de Direito e Economia Política*”, de Clovis Bevilacqua, cuja primeira edição é de 1886. Nessas obras já há, nitidamente, uma enorme preocupação dos autores em conjugar os ensinamentos do Direito com os novos conceitos da Economia, inclusive nas relações jurídicas privadas alheias aos mercados explícitos.

Porém, posteriormente, com a evolução da Economia enquanto ciência e carreira autônoma e a adoção de elementos matemáticos de razoável complexidade para os juristas, houve um conseqüente afastamento das duas ciências, tanto na doutrina econômica, quanto na doutrina Jurídica, ao ponto de quase extinguir a sua comunicação direta. Mas, tal afastamento está sendo atualmente mitigado pelo movimento da Análise Econômica do Direito, como um reflexo das obras norte-americanas de Ronald Coase⁴ e Richard Posner, como será visto.

2.1 A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL

A nova economia institucional, ou neoinstitucionalista, é o movimento que gerou a moderna Análise Econômica do Direito, ou simplesmente, Direito e Economia. Conforme já dito, com a evolução da Economia como ciência e detentora de carreira autônoma, a sua metodologia matemática de estudo se afastou, e muito, da metodologia jurídica de análise da sociedade. Veja-se a lição de SALAMA (2008, p. 49):

4 Prêmio Nobel de ciências econômicas em 1991. “Por sua descoberta e clarificação da importância dos custos de transação e dos direitos de propriedade para a estrutura institucional e o funcionamento da economia” (NOBEL FOUNDATION, 1991). Suas obras mais importantes para a análise econômica do direito são: “The Nature of the Firm”, de 1937 e “The Problem of the social cost”, de 1960.

Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo.

Mas esse distanciamento hoje tem sido mitigado.

Segundo Guido Alpa, na década de sessenta, “nasce na Itália, com os estudos de Pietro Trimarchi, e nos Estados Unidos, com os estudos de Ronald Coase e Guido Calabresi, a nova fase da análise econômica”. (ALPA, 1997, p. 15).

2.1.1 A DIFERENÇA ENTRE A ECONOMIA NEOCLÁSSICA E A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL

Realmente, apesar de ter escrito “*The nature of the firm*” ainda na década de 30 do século passado, foi com o “*The problem of the social cost*”, de 1960, que Ronald Coase sedimentou o entendimento de que era preciso “investigar o papel das instituições legais de Direito e de propriedade privada nos estudos econômicos” (COASE, 1992, p. 115)⁵. Tal formulação foi importantíssima, pois retirou o foco principal do estudo econômico da variável preço.

Como o próprio Coase afirma:

No ‘*The nature of the firm*’ eu introduzi os custos de transação para explicar o aparecimento da empresa⁶, e foi só. De maneira semelhante, no ‘*The problem of the social cost*’ eu usei o conceito de custo de transação para demonstrar como o sistema legal pode afetar o funcionamento do sistema econômico, e eu não busquei nada além disso. Porém, diferente do ‘*The nature of the firm*’ o ‘*The problem of the social cost*’ teve um imediato sucesso (...). A popularidade do ‘*The problem of the social cost*’ atuou de maneira importante para reacender o interesse no ‘*The nature of the firm*’. (COASE, 1993, p.62)

Portanto, a pedra de toque da evolução do estudo da Economia para

⁵ A artigo, escrito em 1960, foi reproduzido em sua íntegra no livro do mesmo autor: *The firm, the market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

⁶ Neste ponto, Ronald Coase se refere a “firm”; contudo, prefere-se traduzir para “empresa”, pois a ideia de “firm” se adéqua perfeitamente à visão dinâmica da empresa como uma verdadeira atividade, pois a atividade econômica, de per se, é feixe coordenado de contratos e relações jurídicas. Para mais informações, veja-se: PIMENTA (2006, p. 59 e 60).

⁶ Neste ponto, Ronald Coase se refere a “firm”; contudo, prefere-se traduzir para “empresa”, pois a ideia de “firm” se adéqua perfeitamente à visão dinâmica da empresa como uma verdadeira atividade, pois a atividade econômica, de per se, é feixe coordenado de contratos e relações jurídicas. Para mais informações, veja-se: PIMENTA (2006, p. 59 e 60).

a teoria neoinstitucional foi o “*The Problem of the social cost*” de Ronald Coase. Isso posto, e, conforme ensina ZYLBERSZTAJN (1995, p.14), “a análise neo-clássica ocorre em um ambiente estéril, onde assume-se a inexistência de custos associados ao funcionamento da economia,” há uma superavaliação do fator preço e uma total desatenção às questões institucionais.

Ora, no momento em que Coase define que a empresa é um feixe coordenado de contratos, o preço, em si mesmo considerado, perde grande parte da sua relevância, isso porque as questões institucionais se manifestam de maneira mais flagrante. Acerca disso, ZYLBERSZTAJN e SZTAJN (2005, p.7) ensinam que:

os problemas de quebras contratuais, de salvaguardas, de mecanismos criados para manter os contratos e, especialmente, mecanismos que permitam resolver problemas de inadimplemento, total ou parcial, dos contratos, sejam tribunais ou mecanismos privados, passam a ter lugar de destaque na Economia.

Assim, “Ronald Coase lançou a discussão a respeito de um tema que hoje se prova central em se tratando de análise econômica do Direito. Tal variável é conhecida como custos de transação.” (PIMENTA, 2006, p. 61)

2.1.2 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

No mundo real, existem os *custos de transação*, fricções causadas por assimetrias de informação que dificultam ou impedem que os direitos de propriedade sejam negociados a custo zero. (COASE, 1993b, p.232)

No seu artigo seminal “*The problem of the social cost*”, Coase concluiu que, na ausência dos custos de transação, os agentes sempre negociarão voluntariamente, de modo que as trocas tenderão a ser sempre mais eficientes. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; MUELLER, 2005, p.97)

Hoje existem diferentes abordagens sobre o custo de transação. Contudo, resumidamente, pode-se dizer que o custo de transação consiste “naquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual.” (PIMENTA, 2006b, p. 61)

Vale observar que o custo de transação compreende tanto a fase das tratativas, quanto a fase de execução, quanto ainda à fase posterior à conclusão do negócio.

A ideia de custos de transação é tão importante, que WILLIAMSON (2005, p.21 - 23) chega ao ponto de separar o seu objeto de estudo na chamada *Economia dos Custos de Transação* – ou simplesmente ECT, na qual a ideia de racionalidade limitada e ambiente institucional sejam levados em conta para um programa de adaptação cooperativa das teorias das organizações, a fim de garantir a eficiência pós-contratual nos negócios jurídicos. Aclarando esse foco, ZYLBERSZTAJN (1995, p. 15) informa:

O objetivo fundamental da nova economia institucional, também denominada de Economia dos Custos de Transação (ECT) é o de estudar o custo das transações como o indutor dos modos alternativos de organização da produção (governança), dentro de um arcabouço analítico institucional. Assim, a unidade de análise fundamental passa a ser a transação, operação onde são negociados direitos de propriedade, e o objetivo descrito acima pode ser revisto como: “analisar sistematicamente as relações entre a estrutura dos direitos de propriedade e instituições”.

Portanto, nas lições de ZYLBERSZTAJN (1995, p. 15), a nova economia institucional pode ser chamada de economia dos custos de transação, evidenciando a importância de tais custos no arcabouço de qualquer estudo sistemático sobre estrutura de Direitos de Propriedade e Instituições.

Assim, esses custos devem ser inseridos em um contexto maior para que sejam mais facilmente estudados e possam, de maneira pragmática, influenciar as tomadas de decisões econômicas e também, por que não, as de decisões jurídicas. Portanto, nesta direção, é preciso inserir, no contexto do debate dos custos de transação, a ideia de eficiência.

2.1.3 A EFICIÊNCIA⁷

Como sabido, a Economia é a ciência que estuda a escassez (ROSSETTI, 2006, p. 87). A escassez deve ser compreendida de maneira ampla, pois é ilimitada a demanda por recursos. Recursos - que não são apenas pecuniários - nas lições de POSNER (2008, p.01), podem ser resumidos como riquezas que, além das questões monetárias, são compreendidos como a própria vida, o lazer, a família, a ausência de dor ou sofrimento, dentre outros.

A demanda é ilimitada, pois o homem é ambicioso e insaciável por natureza. Querer mais faz parte da natureza humana; nela, os desejos se confundem com as necessidades e, por conta disso, é um pressuposto fundamental da Economia que as necessidades são ilimitadas. Sobre o tema, aduz Clóvis Bevilacqua:

⁷ Para maiores detalhes e informações sobre eficiência e os seus teoremas, veja-se “A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de Direito & Economia” (PIMENTA, Eduardo Goulart; GABRIEL, Fábio, 2010, p. 435 – 460).

Quaies são essas necessidades e até onde irão ellas? Poder-se-ia estabelecer um mínimo correspondente ao essencial á vida. E, uma vez estabelecido esse mínimo, teríamos com isso calado para sempre o descontentamento? [...]

Não nos iludamos; as necessidades variam com as raças e os temperamentos; o essencial á vida nunca satisfará o menos ambicioso dos homens. O homem é um animal cujos desejos são um abysmo sem fundo; quasi sempre o que hoje o seduz e arrasta aos maiores sacrifícios, amanhã já lhe parece o extremo da privação. (BEVILAQUA, 1902, p. 17)

Dessa forma, a resposta para maximizar as riquezas e enfrentar a escassez causada pelas demandas ilimitadas é a eficiência.

Segundo SZTAJN (2005, p. 81), eficiência é a “aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira mais produtiva”.

No mesmo sentido, Suzana Tavares da SILVA (2010, p. 519) entende que a eficiência “designa a característica dos elementos (pessoas, coisas, organizações) que alcançam o melhor resultado (não é apenas uma relação de grandeza, neste caso procurar-se-ia o maior rendimento, mas sim de quantidade/qualidade) com o menor dispêndio de recursos (tempo, trabalho, energia, matérias primas).”

Por conseguinte, a eficiência é, resumidamente, o alcance do maior benefício possível ao menor custo.

Todos devem, em certa medida, ser eficientes. As pessoas, as organizações sociais e as instituições públicas devem sempre buscar evitar desperdício de recursos. Assim, a eficiência é a ação de se alocar os recursos de maneira a se buscar o melhor resultado possível.

A eficiência possui estreita relação com a ideia de custos de transação. Afinal, quanto menor o custo de transação, maior a possibilidade de os agentes, voluntariamente, buscarem a eficiência. Esse é o teorema de Coase, premissa difundida pelos estudiosos da Análise Econômica do Direito, ou seja, o custo de transação é inversamente proporcional à eficiência (MERCURO; MEDEMA, 2006, p.256).

A eficiência é tão importante para o desenvolvimento socioeconômico, que passou também a fazer parte do rol dos princípios que norteiam a administração pública no caput do Art. 37⁸, após a Emenda Constitucional n^o 19.

Realmente, a administração pública deve ser eficiente e buscar a melhor alocação possível dos recursos estatais. Afinal, conforme difun-

⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

dido na doutrina moderna, é necessário buscar o reconhecimento de iguais liberdades fundamentais, a todos os concidadãos, na maior medida possível, exigência jurídico-normativa da modernidade (CHAMON JÚNIOR, 2008, p. 77). Assim, a eficiência é um caminho para buscar a melhor alocação dos recursos estatais para promover essas liberdades.

Segundo DI PIETRO (2007, p. 75), o princípio da eficiência, esculpido no art. 37, da Carta Magna, possui relação com o modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública. Serve para esperar o melhor desempenho possível e os melhores resultados na prestação do serviço público.

2.1.4 OS TEOREMAS DA EFICIÊNCIA

Vista a eficiência em termos genéricos, é preciso agora entender os teoremas da eficiência pela noção de trocas eficientes na versão de superioridade e otimização de Vilfredo Pareto, e a correção dessa fórmula através da teoria conhecida como “*Kaldor-Hicks*”.

Dessa forma, em termos paretianos, a situação é superior quando há um implemento da condição de um agente, mas não há, como contrapartida, diminuição da condição de outrem. O estado das coisas é ótimo quando nenhum outro estado pode ser superior. (ROEMER, 2001, p. 27)

Em outras palavras, há uma troca eficiente, em termos paretianos, quando um bem é transferido “(...) de quem o valoriza menos para quem lhes dá mais valor” (SZTAJN, 2005, p. 76). Por isso, uma situação só pode ser considerada superior quando ao menos uma pessoa melhora seu bem-estar, sem que nenhum outro diminua o seu próprio bem-estar. Diz-se bem-estar, pois, como visto, os recursos não estão compreendidos somente naqueles dotados de expressão monetária.

Não há dúvida de que a teoria de Pareto foi fundamental para se sedimentar a ideia de crescimento econômico nos estudos da Economia. Afinal, as trocas eficientes e o aumento da riqueza em circulação são os pressupostos básicos do cálculo do crescimento econômico.

Contudo, a teoria paretiana foi criticada pela sua pouca aplicabilidade prática. Afinal, várias situações vividas no mundo real produzem efeitos alheios à troca *per se*. Diante desse contexto, a teoria “*Kaldor-Hicks*” repousa na ideia da compensação potencial. Um estado de coisas modifica-se eficientemente, em termos de “*Kaldor-Hicks*”, quando o beneficiário da alteração é capaz de compensar as perdas dos outros agentes que sofrem os efeitos do negócio. Portanto, é eficiente uma troca que

produz ganho para algum agente, mesmo levando-se em consideração a devida compensação dos perdedores. (ROEMER, 2001, p. 27)

Segundo POSNER (2003, p. 13):

a condição de superioridade de Pareto quase nunca satisfaz o mundo real, (...) a definição operacional de eficiência na economia não deve ser a superioridade de Pareto. Quando um economista diz que o livre comércio, a competição, o controle da poluição ou alguma outra política ou estado do mundo é eficiente, nove em cada dez vezes ele se refere à eficiência de Kaldor-Hicks.

Porém, a teoria de “*Kaldor-Hicks*” não é isenta de críticas. Segundo SALOMÃO FILHO (1995, p. 152), o problema reside no fato de que “a indenização é potencial e não necessariamente real, ou seja, basta que teoricamente haja ou possa haver indenização. Evidentemente, um teorema assim formulado é absolutamente idêntico, nos resultados práticos, ao teorema liberal da maximização de riqueza (ou eficiência)⁹”.

De fato, assiste razão, em parte, a crítica de SALOMÃO FILHO (1995, p. 152), pois é evidente que, se não houver mecanismos para concretizar as indenizações ou evitar os danos, a compensação potencial se iguala à teoria paretiana. Mas é exatamente neste ponto que as duas teorias divergem, pois a própria premissa de compensação potencial serve como arcabouço para viabilizar e justificar as medidas de controle e correção dos beneficiários das trocas e de indenização e compensação daqueles que sofrem eventuais efeitos negativos.

Nesse sentido, a atual economia se afastou do modelo liberal de Adam Smith. Hoje, é consenso na economia que o Estado deve intervir no mercado para corrigir os desequilíbrios gerados pela atuação oportunista dos agentes econômicos, como também em meios de internalizar as externalidades negativas daqueles que agem causando prejuízo a terceiros estranhos ao ato econômico.

É indubitável que o modelo econômico atual é convergente, não se confundindo com o modelo capitalista do liberalismo do sec. XIX, nem com os modelos sociais que buscam a igualdade material com a supressão das liberdades fundamentais, fundamentando-se em modelagem econômica ordenada verticalmente por um comando central de economia planificada (ROSSETTI, 2006, p. 327). O Estado Democrático de Direito, apesar de possibilitar a livre iniciativa e a propriedade privada dos meios de produção, atua e intervém na economia.

⁹ Neste ponto, o autor, ao se referir a “teorema liberal”, se refere ao teorema de eficiência de Vilfredo Pareto.

Segundo a doutrina, essa intervenção pode-se dar por absorção ou participação na prestação do serviço ou produção de bens de interesse coletivo; também por direção, quando dirige as condutas dos agentes econômicos, determinando medidas compulsórias de gestão; ou também, por indução, com mecanismos de incentivo ou desestímulo às condutas dos agentes, ou seja, utilizando mecanismos relacionados ao direito premial. (GRAU, 2000, p. 124).

Assim, em que pese à crítica de Salomão Filho, não há como negar a importância da análise da eficiência em termos de “*Kaldor-Hicks*” para o discurso jurídico, pois a assertiva é por demais ácida e, se levada a cabo, inviabilizará, inclusive, a própria convergência do estudo do Direito aliado à Economia.

A Economia baseia suas formulações teóricas sobre essas premissas. Afinal, em uma analogia com o mundo jurídico, o fato de alguém deixar de cumprir com determinada obrigação ou o sujeito ativo não fazer valer o seu direito, não é suficiente para desqualificar a existência de um Direito Obrigacional e do dever de cumprir com a obrigação *de per si*.

Ora, a indenização em “*Kaldor-Hicks*” é potencial assim como o próprio Direito obrigacional o é. Para ser efetivamente cumprido, o Direito necessita da provocação do Judiciário e, mesmo assim - reconhecido pela tutela jurisdicional - nem sempre esse mesmo direito é efetivamente satisfeito pelo executado no cumprimento da sentença transitada em julgado.

É evidente e notoriamente conhecido que existem execuções frustradas. Mas essa situação de fato, não é capaz de desqualificar o Direito em si mesmo considerado. A indenização ou compensação, na eficiência de “*Kaldor-Hicks*”, é potencial e cabe, para ser efetivamente eficiente, serem encontrados meios econômicos e jurídicos para dar concretude a essa potencialidade.

2.2 A EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

Como visto, a análise econômica do Direito se baseia, e muito, no conceito de eficiência. Trata-se, de fato, no conceito mais importante da própria Economia.

É inquestionável, também, que a ideia de eficiência no trato das questões jurídicas gera um desconforto em parte da doutrina de Direito.

José Afonso da SILVA (2003, p. 651), por exemplo, entende que a eficiência “não é um conceito jurídico, mas conceito econômico”. Em

sentido ainda mais crítico, Celso Antônio Bandeira de MELLO (1999, p. 75) não qualifica a eficiência como princípio de Direito.

Porém, é preciso perceber que o conceito de eficiência pode, de maneira muito oportuna, contribuir para o discurso jurídico. Não é por outro motivo que muitos doutrinadores entendam a Análise Econômica do Direito como a maior evolução da ciência jurídica das últimas décadas (ROEMER, 2001, p. 10).

Para explicar a inserção da eficiência no discurso jurídico e sua aplicabilidade como um princípio informador do Direito, é preciso analisar a própria evolução da doutrina do maior ícone do movimento da Análise Econômica do Direito, o norte-americano Richard Posner.

Segundo SALAMA (2010), a trajetória intelectual de Richard Posner pode ser dividida em três fases:

Na primeira fase, Richard Posner construiu a sua obra mais difundida, a *Economic Analysis of Law*. Essa fase se inicia no início da década de 70 e vai se desenvolver até o início da década de 80.

O doutrinador norte-americano percebeu que, diante da ideia de eficiência e de escolha racional¹⁰, poder-se-iam explicar diversas condutas humanas e formular hipóteses de regulação jurídica e de tomadas de decisões jurisprudenciais.

Assim, Posner conclui que o *Common Law* americano evoluiu no sentido de busca pela eficiência. Portanto, a eficiência se apresenta, nessa primeira fase, como um método analítico (SALAMA, 2010, p. 6).

A segunda fase se apresenta através do livro *The Economics of Justice*, de 1981. A partir dos teoremas de eficiência vistos acima, Posner a identifica como o verdadeiro critério ético do Direito, sendo que a maximização da riqueza deveria ser o critério maior da própria justiça. Esse enunciado repousava sobre duas ideias centrais: a primeira, que a justiça poderia ser medida em termos monetários; e a segunda, que a maximização da riqueza repousa sobre uma ideia de consentimento dos indivíduos com indicação do valor subjetivo dado aos bens pelos indivíduos (SALAMA, 2010, p. 22).

Tais considerações levaram Posner a ser extremamente criticado. Com base nessas críticas, começou, a partir de meados da década de

10 A ideia de escolha racional significa que todo ser humano tende a maximizar seu próprio interesse na busca por ser eficiente e investir seus recursos tentando obter os melhores resultados. Na célebre frase de Adam Smith (1996, p. 74), "Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse." No livro de Posner (2003, p.03), a ideia de escolha racional pode ser percebida nos seguintes termos: "a tarefa da economia, assim definida, é explorar as implicações de assumir que o homem é um maximizador racional de seus objetivos na vida, suas satisfações - o que devemos chamar de "auto-interesse". Maximização racional não deve ser confundida com o cálculo consciente. Economia não é uma teoria sobre a consciência. O comportamento é racional quando se está em conformidade com o modelo da escolha racional, seja qual for o estado de espírito daquele que escolhe."

80, a reconsiderar algumas das suas posições. Tem início, então, a terceira fase da sua obra, que pode ser identificada no livro *The Problems of Jurisprudence*¹¹, de 1990. Nessa obra, Posner abandona a ideia de que a maximização de riqueza deve ser o critério maior de justiça e o coloca ao lado de diversos outros valores já consagrados pelas instituições jurídicas e pela doutrina do Direito (SALAMA, 2010, p. 24).

Tal reconsideração de posicionamento foi, em muito, um reflexo das críticas apresentadas, principalmente por Ronald Dworkin¹². Críticas que levaram Posner, em 2007, a escrever um tributo ao seu maior crítico¹³ (SALAMA, 2010, p. 24)

Diante dessa releitura, conforme inclusive já evidenciado na doutrina (SANTOS JÚNIOR, 2009), a teoria de Posner pode ser conciliada com as teorias de interpretação do Direito de Ronald Dworkin.

Isto porque, o próprio Ronald Dworkin (1999, p. 320) afirma que não existem princípios contraditórios e que, em um *hard case*, é papel do julgador mergulhar no caso concreto e buscar coerência de um sistema não arbitrário, mas que reflita um nível profundo de moral política.

Pela ideia de integridade do Direito, para Ronald Dworkin (1999), Hércules¹⁴ não pode se descuidar de nenhum princípio na busca da decisão correta para o caso concreto em análise.

Assim, a eficiência, como um reflexo da maximização de riquezas, deve ser também um princípio sopesado na hermenêutica jurídica, pois como salienta o próprio Posner (2007, p. 520):

Pragmaticamente interpretada, a maximização de riqueza é mais instrumental do que basilar, não constitui objeção ao seu uso como guia do Direito e de políticas públicas. Pode ser o princípio certo para os fins da questão, ainda que só seja certo em virtude de fins que não são exclusivamente econômicos. Pelo menos pode ser princípio geral, deixando ao proponente dos desvios da maximização da riqueza o ônus da demonstração da sua conveniência.

Desse modo, “reside a possibilidade de uma (re)leitura das doutrinas de Ronald Dworkin e Richard Posner, para concluir que a eficiência, como princípio jurídico que é, deve ser considerada, e com força normativa, na interpretação e aplicação do direito”. (SANTOS JÚNIOR, 2009, p. 874)

É certo que existem ainda muitas diferenças na abordagem da

11 O livro *The Problems of Jurisprudence* foi traduzido e publicado em português com o título de Problemas de Filosofia do Direito (POSNER, 2007).

12 DWORKIN em 1980, publicou o artigo “*Is Wealth a Value?*” (A riqueza é um valor?) no qual criticou severamente a posição de Posner ao alçar a maximização de riqueza como valor. Essas críticas ao utilitarismo de Posner estão condensadas no cap. VII do seu livro “*O Império do Direito*”. (DWORKIN, 1999)

13 Tribute to Ronald Dworkin, 63 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 9

14 Na teoria da integridade do Direito de Ronald Dworkin, Hércules é apresentado como o julgador, o juiz ideal que irá mergulhar nos argumentos das partes e através de uma análise sistemática dos princípios e na evolução do direito como um *romance em cadeia*, irá obter a solução mais correta para o caso *sob judice*.

Teoria do Direito de *Posner* e de *Dworkin*; afinal, como sabido, *Posner* é um pragmático. Mas essa filosofia de meios e fins não pode ser reduzida ao desvencilhamento total do Direito dos outros valores consagrados na Teoria Jurídica. É preciso, como já admitido por *Posner*, harmonizar os princípios jurídicos para o deslinde das suas questões.

Outro ponto de destaque é que, como salienta *SILVA* (2010, p. 528), “o princípio da eficiência não poder ser entendido no momento actual apenas como um *princípio geral do procedimento administrativo*”. Tal princípio deve nortear e ter abrangência nos outros campos do Direito e das políticas públicas, e não, apenas, ficar limitado à Administração Pública por conta do comando expresso no art. 37 da Constituição. Possivelmente seja o caso, inclusive, de elevá-lo a categoria de Princípio Fundamental, como exigido pela mesma autora.

No mesmo sentido, *CALVÃO* (2010, p. 329 – 330) explica assim o princípio da eficiência.

A avaliação das consequências decorrentes das decisões político-normativas, judiciais e administrativas possibilita a reorientação do Direito num sentido que assegure o melhor aproveitamento económico dos recursos e uma maior racionalidade da decisão jurídica.

De resto, a questão da eficiência comporta ainda uma outra, mas conexa, faceta: a de saber se os resultados e os efeitos das actuações referidas realizam (ou realizam no mais elevado grau possível) os objectivos propostos ou pré-definidos, no plano constitucional ou legal, com os mínimos (ou menores) custos económicos e financeiros.

Portanto, nesse sentido é que a eficiência deve ser apresentada, a eficiência deve ser alçada ao patamar de princípio jurídico em uma abordagem pragmática do Direito. Isso se deve, principalmente, pois não há como desvincular o debate académico-jurídico das questões económicas.

Assim, como princípio de Direito, deve ser norma com aplicação cogente, pois “as normas são o gênero que compreende as regras e os princípios.” (*BONAVIDES*, 2003, p. 271-272).

De acordo com este mesmo autor:

De antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade do século XX, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.

Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se auferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada. (*BONAVIDES*, 2003, p. 283)

Outrossim, como princípio jurídico, a eficiência possui diversas funções, pois, de maneira geral, os princípios possuem *função integradora, interpretativa, delimitadora e fundante*. (LORENZETTI, 1998, p.318 e 319) A função integradora é aquela que permite ao princípio preencher as lacunas no ordenamento. *A função interpretativa* é um modo de subsumir o caso concreto em um enunciado amplo. *A função delimitadora* põe limite à atuação legislativa, judicial e negocial. Já a função fundante alicerça internamente o ordenamento e dá lugar às criações judiciais.

Diante disso, nesse aspecto, conclui-se que a eficiência deve ser compreendida, não só como um conceito e ferramenta da ciência econômica, ou do Direito Administrativo, mas como um Princípio Jurídico de aplicação cogente, com o fim de, nos termos de CALVÃO (2010, p. 329), confirmar se as decisões político-normativas, judiciais e administrativas podem reorientar o Direito na perspectiva de obtenção do melhor aproveitamento econômico e maior nível de racionalidade às decisões judiciais, de modo a alcançar, no mais alto grau possível, os objetivos preconcebidos no plano constitucional.

Faz-se necessário essa abordagem, pois o Direito necessita assumir o seu papel desenvolvimentista, operando na qualidade de regulador das instituições públicas que se comunicam com a atividade produtiva e, conseqüentemente, inserindo-se na visão da Economia de Custos de Transação.

2.3 O ASPECTO DESENVOLVIMENTISTA DO DIREITO

O distanciamento entre o Direito e a Economia traz como consequência um distanciamento entre o próprio Direito e a sociedade. O Direito tem um papel fundamental na concreção do objetivo fundamental da República de garantir o desenvolvimento nacional, estampado no art. 3, II da Constituição Federal (PIMENTA; OLIVEIRA, 2008). Entretanto, muitas vezes, esse objetivo não é sopesado no discurso jurídico.

Sérgio Buarque de Holanda, em *Raízes do Brasil*, assim critica a cultura intelectual e jurídica alheia à realidade social:

Ainda quando se punham a legiferar ou a cuidar de organização e coisas práticas, nossos homens de idéias eram, em geral, puros homens de palavras e livros; não saíam de si mesmos, de seus sonhos e imaginações. Tudo assim conspirava para a fabricação de uma realidade artificial e livresca, onde nossa vida verdadeira morria asfixiada. Comparsas desatentos do mundo que habitávamos, quisemos recriar outro mundo mais dócil aos nossos desejos ou devaneios. (HOLANDA, 1995, p. 163)

Assiste razão a crítica do sociólogo. Pois o Direito nacional pre-

cisa se aproximar mais da realidade econômico-social do País para não tender ao risco da falácia, ou ao mero artifício da cultura livresca. A livre iniciativa, a dignidade humana e a cidadania são alguns dos fundamentos da Nação. Para concretizá-los, por sua vez, a República Federal tem, por objetivos essenciais, à erradicação da pobreza e da marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos. Contudo, para alcançá-los, a meta inicial nesta economia globalizada de mercados precisa ser a garantia do desenvolvimento nacional prevista no art. 3, II da CF.

O sociólogo está correto ao se observar rios de tinta serem gastos diuturnamente por juristas que professam os direitos sociais da população e exigem a promoção da - muitas vezes falaciosa - dignidade humana. Contudo, poucos são os trabalhos que, de maneira coerente e pragmática, buscam os meios concretos para efetivar a dignidade de maneira coletiva e economicamente sustentável¹⁵.

Na verdade, para promover a dignidade é preciso promover o crescimento econômico do país. Ora, como é sabido, todo Direito tem um custo que não pode ser negligenciado. Falar em promoção da dignidade e dos direitos fundamentais, sem um debate amplo sobre captação e alocação eficiente dos recursos, se mostra muitas vezes um artifício falacioso e distante da realidade.

Não foi por outro motivo que Flávio Galdino importou para o Brasil a teoria de Stephen Holmes e Cass Sunstein¹⁶, de que todo direito tem um custo.

O Direito não é só uma prerrogativa, que alguém possui, de exigir de outrem a prática ou abstenção de certos atos. Todo direito tem um custo para a sociedade. Não existe direito totalmente negativo (aquele que só depende de abstenção e que não necessita de nenhuma alocação positiva do Estado). Todo direito subjetivo público é positivo e, para sua salvaguarda, é necessário ou o estabelecimento de ações positivas do Estado, ou de mecanismos de indenização (GALDINO, 2005, p. 225 a 235). No mínimo, existe o custo da máquina administrativa que elabora, promove e fiscaliza a tutela jurisdicional dos direitos¹⁷.

Diante dessa assertiva, quando o Estado passa a ser o provedor direto das necessidades básicas de seus cidadãos, existe um problema

15 Conforme amplamente difundido nos debates da Análise Econômica do Direito, muitas vezes os julgadores, em busca da promoção da "dignidade humana", produzem decisões paternalistas prejudiciais à coletividade. Nesse sentido, veja-se (TIMM; DRUCK, 2007) e também (ZYLBERSZTAJN; REZENDE, 2007).

16 HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

17 Ainda é divergente na doutrina a ideia de que os direitos individuais de primeira geração sempre são positivos. Contudo, entende-se que tal divergência acontece somente do ponto de vista teórico, para fins didáticos. Na realidade concreta, ninguém pode discordar de que, no mínimo, há custo na elaboração e na tutela de todos os direitos deferidos aos cidadãos.

lógico de aplicação. Afinal, os recursos disponíveis pelo Estado são escassos frente às necessidades ilimitadas de seu povo.

Portanto, nesse diapasão, o Estado deve promover o crescimento da sua captação de renda. Deve promover e aquecer a economia, fomentando as empresas e o mercado¹⁸, pois são as empresas as responsáveis pela atividade econômica de base e pela maioria dos impostos percebidos pelo Estado. Enfim, são os verdadeiros provedores da Nação.

Não há como se afastar, o desenvolvimento social do desenvolvimento econômico. Na verdade, como ensina TOKARS (2007, p. 30) “a relação de causalidade entre o desenvolvimento social e o econômico justificou a consagração da expressão desenvolvimento econômico-social”.

Por certo, trata-se de uma relação de causa e efeito. “Constata-se, em suma, que o desenvolvimento social de uma nação é consequência de seu desenvolvimento econômico”. (TOKARS, 2007, p.30).

Assim, baseado no princípio da eficiência, o Direito deve assumir também o seu papel econômico-desenvolvimentista, pois o cenário institucional, nas lições profetizadas por Coase, é importantíssimo para o fomento ou para o desestímulo da atividade econômica. Em resumo, as instituições públicas, e mais especificamente o próprio Direito, devem também abraçar a causa do desenvolvimento.

Nas lições de CHAMON JÚNIOR (2008, p. 77), o Estado deve promover, “na maior medida possível, o exercício de iguais liberdades fundamentais”. Essa exigência jurídico-normativa da modernidade se adéqua perfeitamente às ideias do laureado Amartya Sen, Prêmio Nobel de Economia de 1998. Segundo esse economista indiano, na sua obra clássica “*O desenvolvimento como liberdade*”, o desenvolvimento econômico consiste na eliminação das privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas. (SEN, 2000, p. 10)

Para ROSSETTI (2006, p. 350), o processo de desradicalização centrípeta, ou seja, o abandono, tanto das ideias do liberalismo clássico, quanto do socialismo – ou, em termos jurídicos, a adoção pelo Estado Democrático de Direito - implica intervenção estatal para promover uma economia social de mercado, onde se substitui a ideia do igualitarismo comunista pela equitatividade baseada na meritocracia, sendo livre o acesso ao mercado e à propriedade privada dos fatores de pro-

18 Em termos econômicos, o mercado é “uma abstração definida pela existência e entrosamento de forças aparentemente antagônicas, as da oferta e as da procura”. (ROSSETTI, 2006, p. 439). Luciano Benetti TIMM, baseado na teoria tridimensional de Miguel Reale (fato, valor, norma), defende que o mercado é um fato social, existe. Afinal “ninguém é mais auto-suficiente; todos precisam trocar bens e serviços”. (2008, p. 84) O mercado é a consequência lógica da especialização do trabalho. Pode-se definir, então, que o mercado, seja abstrato ou físico, é o pólo para onde convergem as forças da oferta e da procura. Sempre que houver a procura e a oferta de qualquer produto ou serviço, há mercado.

dução, devendo o Estado promover a concorrência e o fomento à atividade econômica privada e garantir o acesso aos mercados essenciais.

Nesse sentido, é possível vislumbrar a ideia econômica atual de desenvolvimento que deverá ser levada em consideração pelo Direito.

Diante dessas considerações, baseadas no princípio da eficiência e também no aspecto desenvolvimentista do Direito, deve-se, no trabalho de interpretação da norma, levar em consideração a exegese mais apta a desenvolver a economia brasileira e as liberdades individuais dos seus cidadãos.

3 CONCLUSÃO

Diante do exposto algumas conclusões podem ser enumeradas:

a) A economia política do século XIX possuía um nítido caráter jurídico em seu discurso.

b) Com o passar do tempo, a economia foi se distanciando do Direito na medida em que se tornou uma ciência autônoma, utilizando de métodos matemáticos de razoável complexidade para os juristas em geral.

c) A nova economia institucional reaproximou a economia do direito na medida em que ficou evidenciada a importância do papel institucional no cálculo dos custos da atividade produtiva.

d) O custo de transação se tornou uma variável indispensável para a análise da eficiência da produção e distribuição de riquezas.

e) A análise da eficiência em termos de “Kaldor-Hicks” possibilita e justifica o dirigismo estatal para corrigir as falhas de mercado e as externalidades negativas das atividades econômicas.

f) A eficiência deve ser concebida como um princípio jurídico válido para hermenêutica, principalmente quando o tema em debate se refere às atividades econômicas privadas.

g) A garantia do desenvolvimento nacional é um objetivo da Nação e deve ser promovido não só pelos economistas nacionais, mas também pelos operadores do Direito.

h) O desenvolvimento social se liga umbilicalmente ao desenvolvimento econômico, portanto a eficiência, como pressuposto do desenvolvimento, deve servir de alicerce para a hermenêutica dos institutos jurídicos.

Assim, diante destas conclusões, evidencia-se que efetivamente

é necessário iniciar um amplo debate sobre a eficiência econômica na interpretação jurídica. Deste modo, poderemos fugir da concepção do Direito como algo alheio à realidade e um instrumento falacioso sem nenhuma comprovação ou resultado empírico. Destarte, o estudo da corrente de Análise Econômica do Direito, deveria ser maior aproveitada nos bacharelados das Faculdades, com o fim de criar novas gerações de juristas capazes de interpretar o Direito aliando-o à Economia com vistas à promoção de aceleração no desenvolvimento econômico-social.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. **A análise econômica do direito na perspectiva do jurista**. Tradução: João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento editorial da faculdade de direito da UFMG, 1997.

BEVILAQUA, Clovis. **Estudos de direito e economia política**. 2. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1902.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALVÃO, Filipa Urbano. Princípio da eficiência. Apud: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Ano 7. Coimbra, 2010, p. 401-442. Disponível em: <http://sigarra.up.pt/fdup/pt/publs_pesquisa.formview?p_id=4306> Acesso em 08 de jan. de 2013.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

COASE, Ronald Harry. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

_____. The Nature of the Firm: Influence. Apud: WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. (ed.). **The Nature of the Firm: Origins, Evolution, and Development**. New York: Oxford University Press, 1993. p. 61-74

_____. 1991 Nobel Lecture: The Institutional Structure of Production. Apud: WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. (ed.). **The Nature of the Firm: Origins, Evolution, and Development**. New York: Oxford University Press, 1993b. p. 227 – 235.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 6ª ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

GUIMARÃES, Aprígio. **Apontamentos de Economia Política**. Apud: Revista Brasileira. Primeiro Anno, Tomo 1, Rio de Janeiro: N. Midosi, jun/1879. p. 550 – 555.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GREMAUND, Amaury Patrick. A penetração da Economia Política no Brasil e seu ensino durante o período imperial. Apud: **Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política**. nº 8, Rio de Janeiro: 7 Letras, 2001. p. 46 – 71.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed., São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

LISBOA, José da Silva. **Princípios de Economia Política: edição comentada pelo Prof. Nogueira de Paula no bicentenário de Cayrú**. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti-editores, 1956.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Elementos de Economia Política**. Recife: Universal, 1854.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11º ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and beyond**. 2º ed. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em Direito e Economia. Apud: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, abr./jun. 2006. p. 55 - 74.

_____. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. Apud: **Revista de informação legislativa**. Brasília, nº 170, abr./jun. 2006b, p. 159 – 173.

PIMENTA, Eduardo Goulart; GABRIEL, Fábio. A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de Direito & Economia. Apud: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: Atualidades IV – teoria e prática no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 435 – 460.

PIMENTA, Eduardo Goulart; OLIVEIRA, Fábio Gabriel de. Como o direito privado pode contribuir para o desenvolvimento nacional? Apud: **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/08_311.pdf>

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6ª ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

_____. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Maximización de la riqueza y Tort Law: una investigación filosófica**. Disponível em: <<http://www.eumed.net/coursecon/textos/posner-tort.pdf>> Acesso em: 01. ago. 2008.

ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução: José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20. ed. 3. reimpr, São Paulo: Atlas, 2006.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. 2010. Disponível em <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35> Acesso em 19 de dez. de 2012.

_____. **O que é “Direito e Economia”?**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49 -61.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal**. São Paulo: Malheiros Editora, 1995.

SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes dos. Levando os princípios a sério: eficiência como princípio jurídico. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2009. p. 864 - 874.

SEN, Amartya. **O desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Suzana Tavares da. O princípio (fundamental) da eficiência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Ano 7, Coimbra: Coimbra editora. 2010, p. 519-544. Disponível em: <http://sigarra.up.pt/fdup/pt/publs_pesquisa.formview?p_id=4247> Acesso em 8 de jan. 2013.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. v. 1. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. Apud: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74 – 83.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio; MUELLER, Bernardo. Economia dos direitos de propriedade. Apud: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 84 – 101.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana. **A alienação fiduciária imobiliária em uma perspectiva de direito e economia**. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/alcde/>> Acesso em 12 set 2007.

TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. Apud: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 29 – 66, jul./set. 2007.

WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações? Tradução: Decio Zylbersztajn. Apud: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 16-59.

ZYLBERSZTAJN, Décio. **Estruturas de Governança e Coordenação do Agribusiness: Uma Aplicação da Nova Economia das Instituições.** Tese para a obtenção do Título de Livre Docente. São Paulo, USP. 1995. Disponível em: <http://www.erudito.fea.usp.br/PortalFEA/Repositorio/616/Documentos/Tese_Livre_Docencia_DZ.pdf> Acesso em 26 de nov. de 2012.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Apud: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 1- 15.

ZYLBERSZTAJN, Décio; REZENDE, Christiane Leles. **Pacta Sunt Servanda? O caso dos contratos de soja verde.** Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/>> Acesso em 12 set. 2007.

Direito, persuasão, argumentação

Antônio Pedro Moura de Oliveira¹

RESUMO: A mensagem dos operadores do direito não se limita a persuasão emotiva ou ao plano de convencimento racional. É preciso, ainda, satisfazer a exigência cognitiva do juiz e não haverá possibilidade de vitória no seu juízo se não for construída a tese com clareza e com base nas premissas existentes in natura (as premissas de fato) ou ex lege (existentes nas leis, as premissas de direito). Isto fará com que o juiz venha a propender para uma dada direção desejada. O juiz não se convencerá jamais de uma tese que não compreenda. Os argumentos visam convencer pessoas humanas, o que se fala e o que se escreve é dirigido a pessoas. Cabe a interpretação.

ABSTRACT

1. A ORIGEM DO PROBLEMA

Sem dúvida que os textos legais constituem uma rica fonte para proporcionar uma interpretação jurídica convincente, mas não é a única. *Interpretatio cessat in claris* possibilita, de imediato, aquelas perguntas que cabem aos bons pensadores: o que quer dizer uma interpretação clara? O que é clareza? Clareza com quê? Com quem? De fato, não há como menosprezar o contexto, não enxergar outros recursos que a contemporaneidade possibilita à arte de interpretar questões jurídicas, inclusive, não consultar as correntes que falam do direito natural.

No mundo jurídico, as prescrições escritas não esgotam todas as possibilidades do advogado, do operador do direito construir, tecnicamente, os argumentos na sistematização de um processo, na condução de uma lide. Vejamos um fato apresentado por *Chaim Perelman*:

Suponhamos que um regulamento municipal proíba a entrada de veículos em um parque público. Essa regra irá forçar um policial de guarda a impedir a entrada de uma ambulância que veio buscar um passeante vítima de um enfarto? Se não, isso significa que a regra que não contém, em seu anunciado, nenhuma restrição, subentende uma cláusula limitativa, tal como “salvo circunstâncias graves ou excepcionais, salvo caso de força maior”, cujo alcance compete, cada vez, ao intérprete precisar.²

Estamos diante de um fato corriqueiro, aparentemente simples, mas de tremenda importância para aquele que se depara com a necessidade de construir um discurso, argumentos capazes de persuadir, convencer e vencer uma disputa. Se gerar um conflito e este se estender em forma de uma lide, onde, seguindo os trâmites processuais, o Juiz tenha que intervir, necessário se faz às partes a aplicabilidade de um método

¹ Estudante de Direito, VI Semestre, FACEMP, Santo Antônio de Jesus, BA.

² PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 623.

na construção dos argumentos.

Está aí a questão. Temos um acontecimento real, este fato gera uma lide, há a necessidade de uma intervenção jurídica, o advogado se apresenta, constrói um processo e este precisa de argumentos convincentes. Sabe-se que não existe a fórmula pronta de argumentação destinada a vencer uma lide. Aliado a um extensivo trabalho encontram-se as regras técnicas de argumentação, entretanto, não nascem prontas, precisam ser pensadas, refletidas. Entrementes, se sabe que a falta de uma argumentação lastreada pela ausência do vocabulário jurídico, pelo reto emprego dos seus conceitos e de uma construção técnica dos argumentos, marcha-se a passos largos para o insucesso. Conclui-se que a aplicabilidade do método na construção do argumento não garante a vitória, mas evita o erro que pode levar à derrota.

2. O DOGMATISMO NO DISCURSO

Os princípios gerais da ciência jurídica precisam ser estudados com o rigor científico, mas atribuí-los um caráter de verdade absoluta, sem o espaço para as interpretações seria invocar, simplesmente, a absolutização da *ratio legis*, não levar em consideração a atividade da consciência como mediação para elaboração dos vários aspectos da realidade que, no mundo jurídico, nos deparamos constantemente.

Costuma-se pensar a dogmática jurídica como uma atividade sem discernimento, que transita na exatidão das ideias; ora é pensada como se operasse tipologicamente, ora é pensada apenas, conceitualmente. Quando se raciocina a partir das tipologias não se leva em consideração elementos que fogem do tecnicismo jurídico, por exemplo, os valores, o consenso, as intercessões. Quando se deduz a partir do puro conceito se esquece de dar azo àquelas orientações oriundas do mundo da vida. Os problemas axiológicos, éticos, morais não podem ser resolvidos, apenas, por controles elaborados pelo pensamento.

A postura dogmática é uma limitação a qualquer interpretação seja proveniente da corrente metodológica história, sistemática ou teleológica, caminhos contestados pelo dogmatismo. Sobre o posicionamento de Kelsen, considerado um contestador de tais interpretações, diz *Karl Larenz*:

A ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efectiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma ciência de factos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objeto não é o que é ou que acontece, mas sim um complexo de

normas. Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva “puro” de toda mescla de elementos estranhos à sua essência.³

Ao intérprete dogmático não é dado o direito de ter a pretensão de ser autoridade completamente autossustentada. Aliado a este poder ou direito de se fazer obedecer, está o carácter da neutralidade fazendo com que os problemas que envolvem a questão da justiça sejam convertidos, exclusivamente, aos domínios técnicos-jurídicos. O que isto quer dizer? O direito enquanto aquilo que se possa subsumir não tem a possibilidade de apreender todas as novas questões por via de operações lógicas.

Tal procedimento consubstancia-se na ciência jurídica e há um ponto pacífico: a construção de um discurso e uma boa interpretação não são consideradas viáveis se não houver pontos de argumentação adequados. No entanto, como toda ciência social, as proposições argumentativas não subsistem sem o confronto com a realidade cultural, por isso, o discurso e o método, mesmo não se limitando aos dados de fato, deles não podem prescindir, precisam, sempre, passar por uma reconstrução que podem ser repletos de novos componentes: tanto de elementos éticos como de princípios axiológicos. Mas, quem constrói o argumento e para quem ele é dirigido?

O critério que deve nortear os princípios técnicos do argumento dos quais o operador do direito fará uso para justificar a própria tese vai além de uma verdade dogmática. Quem se atém ao dogmatismo jurídico está, inevitavelmente, impedido de argumentar. O dogmático não faz uso da estratégia dialógica de outros elementos, senão daqueles já demonstrados, não se abre ao porvir. O dogmático, seja ele o que apresenta a tese ou àquele que julga, renuncia a argumentação. O procedimento sentencioso ao longo da história jurídica é o reflexo de um instituto conhecido com o nome de “*demonstratio*”, ou seja, a resposta já está dada, pronta, não carece de argumentos para proceder ou para julgar.

O discurso gramatical, “*vocabulum*”, aquele que possibilita a controvérsia jurídica, que incide no processo, seja ele civil ou penal, é o posto onde a argumentação é necessária; se o procedimento se adequa às formas estabelecidas, não há o que se discutir da retórica, esta fornece os conteúdos. Portanto, argumentar é uma função típica e irrenunciável dos operadores do direito. Mas, argumentar o quê?

3 LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 7ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014, p. 108.

3. TEORIA E PRÁTICA NA CONSTRUÇÃO DO ARGUMENTO

Todos os argumentos que os doutrinadores e juristas apresentaram ao longo do tempo revelam uma dada concepção de direito, um modo de aplicar o direito. Como as controvérsias sempre existiram, não tardaria em aparecer as chamadas Escolas com os seus expoentes, doutrinadores, sábios fundadores que conseguiram agregar os discípulos em torno de si e, também, das ideias que defendiam. Dentre as Escolas⁴ que influenciaram, fortemente, os estudantes de direito na segunda metade do séc. XIX e primeira metade do século XX encontram-se, por um lado a Escola Histórica do Direito, que Savigny ajudou a fundar, por outro as Escolas Filosóficas do Jusnaturalismo.

Dentre as ferramentas utilizadas pelos expoentes destas Escolas, o que salta logo à vista é a relação da Escola Histórica com a concepção de uma história do direito que se conjuga com o tempo, que está estritamente ligada com a história dos povos e, conseqüentemente, com a história do Estado. Savigny expressa que a construção dos argumentos àquele que interpreta deve estar atento a três elementos: um elemento lógico, um elemento gramatical e um elemento histórico⁵.

A Escola Jusnaturalista, em todas as suas tendências, trazendo elementos substanciais e ontológicos, muitas vezes fugindo da realidade, do mundo da vida, construindo pseudomodelos para serem referenciais defendem o estado, mas este deve estar subordinado a uma lei natural, deve evitar qualquer conflito que venha a negar a realidade ontológica. Este esquema é fundamental para os defensores desta Escola, ou seja, a lei natural é suporte para a lei positiva, de forma que a lei natural é *ancilla legis naturalis*.

Para que um texto seja eivado de uma correta argumentação, independentemente de que Escola pertença, o construtor deve se propor a desenvolver quatro características: a primeira é que o discurso seja projetado para atingir aquela finalidade desencadeada nas premissas; a segunda, que o discurso seja articulado em consonância com a tese, os processos não se desenvolvem por acaso, por capricho ou pelo simples gosto de discutir, mas para chegar a uma conclusão a respeito de um conflito, de um dado problema; a terceira característica é sobre a subdivisão das relações discursivas: com relação ao juiz, com relação ao

4 Além das Escolas já citadas, destacam-se a Escola da Exegese, Racionalista, Sociológica, Marxista. Para melhor compreender a doutrina de cada escola, bem como seus principais representantes, remeto aos textos de Hermenêutica Jurídica, sobretudo, os livros: O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito. Autoria de Norberto Bobbio São Paulo: Ícone, 1995 e Hermenêutica Jurídica Clássica. Magalhães Filho e Glaucio Barreira. São Paulo: Saraiva, 1996. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Autoria de Carlos Maximiliano. 20ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

5 SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON. Sistema do Direito Romano Atual. Volume I, II e III. Ijuí: Unijuí, 2004

Ministério Público, com relação aos advogados; a quarta característica é a necessidade de adequar os discursos que se faz num processo a um valor objetivo, não é qualquer discurso, não é qualquer conclusão.

Se as duas escolas supracitadas fornecem princípios objetivos, dada a existência de elementos externos para a construção de um discurso jurídico, possibilitando o estabelecimento de um nexo entre teoria e prática na construção do argumento, não se pode deixar de levar em consideração os elementos subjetivos que podem estar contidos no vocabulário. A Escola Histórica implementa a descrição, os dados; a Jusnaturalista viabiliza a prescrição de uma objetividade interna que se revela nas palavras.

Quando, de fato, advogados e juízes falam de direito num determinado processo, quando buscam conciliação, a solução para uma lide são discursos que pressupõem uma objetividade interna que se revela ou são discursos interpretativos pura e simplesmente baseados em fatos? Quando falam de direito, entendem mais a jurisprudência, isto é, o conjunto dos discursos interpretativos sobre o direito ou o discurso dos legisladores, simplesmente? Qualquer que seja a resposta dada pelos operadores estará contido no discurso a escola que representa: pode ser uma Escola Juspositivista, um representante da Escola Sociológica, Escola Teleológica, enfim, estes pensamentos dominam a forma de agir e julgar dos operadores do direito.

A realidade jurídica tem na lei o seu fundamento. Este pensamento continua dominando a cultura jurídica em todo território, na prática, o direito é a lei e a lei é um dado externo aos discursos dos juristas. Sendo assim, o discurso sobre o direito tem a objetividade externa dos discursos que tem sua origem sobre o fato: o intérprete não deve fazer outra coisa que constatar o que o legislador diz. Com isto se entende que o direito corresponde à realidade jurídica, que tem na lei o seu fundamento. Quem assim pensa e age, encontra no pensamento kelsiano a sua fonte inspiradora, importa o direito:

A ciência jurídica procura apreender o seu objeto. 'juridicamente', isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica⁶.

No pensamento jurídico prevalece a lei ou os dados de fato? É um ponto controverso que chama atenção dos doutrinadores em quase

6 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 79.

todas as instâncias jurídicas. Não existe a realidade jurídica. Não existe nem mesmo idealmente, como reflexo da objetividade do discurso do legislador. Isso porque a lei não é o direito, nem quantitativamente nem qualitativamente. Quantitativamente não existe porque muitas vezes as partes encontram a fonte nos costumes seja ele local ou internacional, encontram sua fonte na consolidação da jurisprudência em matéria, às vezes no silêncio, às vezes em deformidade com a carta da lei. Qualitativamente não existe porque muitas vezes as partes encontram a fonte na disposição da lei, enquanto as normas que compõem o direito derivam da interpretação livre, mutável.

A corrente Juspositivista não é mais o centro da cultura jurídica contemporânea; hoje, existem, sobretudo, na doutrina profundas reconsiderações dos pressupostos Juspositivistas. E, se assim é, e é efetivamente assim, o discurso jurídico quanto menos na parte que trata dos direitos não tem a objetividade externa dos discursos sobre fatos, mas a objetividade racional interna de um discurso sustentado por uma rigorosa argumentação. O direito não corresponde a determinada realidade jurídica, mas tem na racionalidade do intérprete o seu fundamento.

Conclui-se que, do ponto de vista da teoria, a argumentação jurídica baseada na racionalidade da lei é fundamental, é o ancoradouro, o porto seguro de muitos juristas; sob o ponto de vista da prática, as teses funcionam porque se percebe que outros elementos acompanham, estas passam por uma subjetividade, sentimentos, influências. A tese do Juspositivismo sobre a interpretação do direito como constatação da lei, em muitos lugares, para muitos magistrados, já se encontra superada. Mas isto não quer dizer que ela não apareça de forma diferente, revestida de um novo visual.

Embora muitos digam que não existe, que está ultrapassada, mas afirma-se que o positivismo é a mentalidade cultural que prevalece no meio de muitos operadores da justiça: em certa medida presente na cultura dos advogados, é em grandíssima medida presente na cultura dos juízes. Pode-se ter opinião diversa, aquela que considera correta sobre a validade ou não da presença desta Escola dentro do meio jurídico, até mesmo aquela que diz ser o Juspositivismo superado em todas as instâncias, mas devemos ser consciente que esta é, estatisticamente, a mentalidade que ainda prevalece.

4. OS CAMINHOS PARA O CONVENCIMENTO

Pois bem, quem sistematiza um argumento visando a obtenção da vitória, seja advogado ou juiz, deve levar em consideração as ideologias predominantes no mundo jurídico. Conhecer-las, sim, criticá-las, apenas, não basta. Aos olhos dos operadores do direito a tese apresentada no processo não terá relevância se os argumentos que a sustenta não satisfizer a exigência da realidade jurídica, da individuação da vontade do legislador. Os fatos são os elementos mais importantes? Sim, sem dúvida, são importantes, mas ao lado deles a construção dos argumentos.

Ao se pleitear, em uma lide, a vitória, é preciso levar em consideração a retórica, o uso persuasivo da linguagem e esta não é, senão, reflexo da técnica argumentativa e do nexos formal que se estabelece no ambiente no qual o juiz, o ministério público, o advogado, a lei, as partes, enfim, uma rede de relacionamento que influenciará a decisão final. Os argumentos jurídicos têm uma finalidade de convencimento, *conditio sine qua non*, visando a obtenção da vitória na lide, esta obtenção passa pela palavra final do juiz e para isto é preciso convencê-lo.

Em um ambiente que preza pela singeleza das palavras e ao mesmo tempo profundidade de vocabulário técnico, um exagerado formalismo e uma aplicação segura e calculável da lei, a possibilidade de produzir convencimento é apresentada pelo filósofo do direito, *Chaim Perelman*⁷, através de dois caminhos: persuadir e convencer. Na arte do convencimento é preciso saber distingui-los e aplicá-los. Trata-se de dois fenômenos rigorosamente distintos.

O persuadir é um fenômeno de natureza psicológica, que concerne a capacidade de mover a adesão a nível emotivo, envolve aquele que ouve num procedimento introspectivo, onde a fala e o discurso deslocam o movimento para um grau introspectivo, profundamente intersubjetivo. Aquele que ouve e lê conversa consigo mesmo a partir da ideia do sujeito que fala ou escreve, o discurso faz o outro lidar com os sentimentos, com a história, com a vida interior do interlocutor, daquele que ouve, levando-o a aderir a tese a partir das induções, um apelo a psicologia de quem entende pelo sentido da audição.

Mas persuadir não é a única forma possível, a outra possibilidade, a via alternativa é o convencimento, isto é, fazer apelo não a psicologia, portanto, aos componentes emotivos, mas a racionalidade pura daquele que ouve, neste campo se trabalha, apenas, o intelecto. Aqui se faz uso do método filosófico-científico denominado indutivo, ou

7 As reflexões que deram origem a este trabalho têm a sua fonte inspiradora em Chaim Perelman, mais precisamente em dois livros bastante conhecidos do público que milita na área lus-filosófica: *Traité de l'argumentation - la nouvelle rhétorique*, 1958, principal obra do autor e o livro intitulado *Lógica Jurídica*. A obra foi traduzida para o português pela Editora Martins Fontes, 1996.

seja, baseando-se em uma operação mental que consiste na utilização do vocabulário técnico-científico estabelecendo um princípio que pode ser considerado como uma verdade universal ou um referencial geral com base no conhecimento de certos dados singulares, este é o método adotado pelas ciências. Os argumentos não são evitados de efeitos psicológicos imediatos, mas por força lógica induz quem escuta a aceitar determinada tese.

O que fazem os advogados no processo: utilizam seus argumentos para persuadir ou utilizam com o objetivo de convencer? Ou se deve utilizar os dois elementos persuasão e convencimento? Torna-se possuidor de uma técnica eficaz aquele que aprimorou a utilização tanto da persuasão como do convencimento. Quem disse que o magistrado está livre das armadilhas das palavras? É só saber usar a racionalidade aliado ao apelo emotivo, afinal ali está um ser humano que julga, embora se saiba que o juiz não se convencerá, senão pela capacidade do advogado utilizar argumentos compatíveis com os elementos jurídicos.

Porém, é preciso estar atento que o advogado tem sua técnica e seus argumentos, mas o juiz também tem uma técnica e um argumento. É bom que seja assim, pois, verdadeiramente acontece o que se chama dialogicidade argumentativa de âmbito jurídico. A técnica argumentativa do advogado, se este pretender vencer a causa, deve estar necessariamente compatível aos métodos argumentativos do juiz; e se assim procede, a técnica persuasiva do advogado precisa estar de acordo ou no mínimo compatível com o conhecimento argumentativo utilizado na técnica do juiz.

A função jurisdicional exteriormente não se desdobra naquilo que segundo uma tradicional distinção se chama “contexto da descoberta”, mas naquilo que se chama contexto da justificação porque nem mesmo ao juiz é consentido, sobretudo, no processo civil julgar sem levar em consideração a demanda. Por força do dispositivo que comanda o procedimento, o juiz deve julgar *secundum alligata et probata*⁸. Então, o seu não é o contexto da descoberta de uma tese, mas muito mais o contexto de uma justificação de uma tese: a justificação da tese vem expressa no dispositivo da sentença.

O típico sistema argumentativo da jurisprudência, o silogismo, deriva exatamente disto: o juiz provê argumentando que o dispositivo da sentença deriva logicamente das premissas adquiridas no processo, premissa de fato e premissa de direito. A primeira premissa, maior, do

⁸ Segundo as coisas alegadas e provadas.

silogismo judiciário é o direito; a segunda premissa, a menor, é o fato; o dispositivo final deriva segundo a lógica dessas premissas.

Mas como estabelecer estas premissas? Em uma visão juspositivista, seja os fatos, seja o direito são dados externos constatáveis e os juízes não fazem outra coisa senão consultá-los para chegar a uma conclusão. Isto significa que ao menos na visão tradicional a técnica da argumentação utilizada pelos juízes é uma jurisprudência cognitiva. O cognitivismo de outra parte é típico do método científico tradicional. A opinião corrente é que o homem de ciência constata a verdade na realidade estudada. Logo, também a jurisprudência se constata a verdade jurídica de um problema na objetividade externa dos fatos e das leis, é uma técnica científica de tipo cognitivista.

A técnica argumentativa do advogado, visando a persuasão, deve estar eivada de argumentos, de interesses, de valores, de necessidades, enfim, todos justificados e fundamentados. Mas, consciente que persuadir não é convencer, pois deverá traduzir tudo isto em um discurso formal, em que fatos jurídicos provados à luz de disposições legais corretamente interpretadas, produzem aqueles efeitos jurídicos que realizam os interesses da qual o cliente é portador, precisam ser trabalhados e, bem, pelo operador do direito. Só assim o juiz, convencido por persuasão, finalmente acreditará na profundidade da tese e decidirá a causa em sentido favorável.

5. CONSTATAÇÃO E INTERPRETAÇÃO

Para as razões óbvias apresentadas no processo, o juiz vai além da função cognitiva e o direito reside nos significados das normas da lei, mas estas não se constata, porque não é possível constatar um significado. E o que diz a hermenêutica? A hermenêutica jurídica não tem como função constatar um fato, sua função é interpretativa e os significados se constroem e não se constata. Logo, os juízes só aparentemente constata a vontade do legislador; concretamente constroem um sentido a partir do que está na tábua da lei que não é obra de constatação, de forma que seus argumentos são frutos de uma construção, de escolha, de preferência, para tanto, utiliza-se da hermenêutica.

Quando, num determinado processo, os advogados argumentam os direitos das partes, devem prever o real exercício da função jurisdicional, os trabalhos devem adequar-se às possíveis interpretações, devem esforçar-se para influenciar a escolha que o juiz fará entre possíveis fun-

ções alternativas do sentido das leis. Não somente isto, deve-se levar em consideração o rigor dos termos porque no juízo não se fazem presentes os fatos, lá estão aqueles juízos ou aquelas representações dos fatos que se extraem dos instrumentos de prova, as testemunhas, as declarações documentais, logo, também o fato na realidade não é constatado, mas reconstruído sobre a base dos índices probatórios, portanto, interpretados.

Ao magistrado cabe a escolha de uma tese entre tantas apresentadas, logo, são diferentes os motivos que levam à simpatia, consequentemente a opção por esta proposição em detrimento daquela outra. Há a pressão psicológica, a pré-compreensão do problema; muitas vezes o interesse está em jogo, enfim, uma gama de situações levam a uma decisão final. Vimos a influência da formação, das Escolas, da racionalidade. Um critério perfeitamente coerente ao desenvolvimento cognitivo que os juízes seguem é a prevalência da tese que corresponde a constatação que à luz da lei certos fatos têm produzidos determinados efeitos jurídicos, aos quais atribui direito a uma parte e nega direitos da contraparte.

É preciso estar atento porque há uma diferença entre a constatação, que faz parte de uma ideologia e a interpretação que faz parte de uma construção eivada de uma boa técnica argumentativa, de fundamentação legal e de profundo conhecimento dos termos técnicos-científicos da ciência jurídica. O bom argumento técnico pode levar o magistrado a uma justificação na escolha final da lide que pode não ser aquela racional, depende, pois, dos tempos e dos *trends*: é isso que todos conhecem sob o nome de evolução do sistema jurídico, e que faz com que em certa época alguma Escola prevaleça sobre a outra, uma considerada avançada e a outra se torna ultrapassada.

As decisões, em todos os níveis dependem, enfim, da propensão da jurisprudência que quando consolida uma orientação tende a persuadir, mas não é mais fechada a improvisos *revirements*. Depende, enfim, da propensão individual do magistrado que, como homem não pode despojar-se de todas as suas ideias, e dificilmente aceitará decidir contra a própria consciência em homenagem a um enquadramento rigidamente formal do caso.

Ao construir seus argumentos, o advogado não pode deixar de levar em conta estes elementos. Aliado a isto é preciso dispor de um apelo direto ao sentido de justiça, aos valores políticos, as opiniões favoráveis e contrárias, enfim, o advogado deve estar aberto ao diálogo. O que quer que seja que o juiz faça, queremos crer e fazer crer que ele esteja baseado na lei. Deve salvar a sua capacidade de pensar e fazer pensar

que aquela seja a solução jurídica e não política, moral, sociológica, do caso. Ter plena consciência do trajeto substancial: a substância política, moral, social coerente na cultura dominante presente também nos operadores da justiça deve findar-se na forma e solução jurídica.

Esta indicação sobre o duplo nível de argumentação forense não pode ser desprestigiada pelos operadores do direito. Como o termômetro não é responsável pela febre, é preciso trabalhar a partir deste duplo nível: constatação do fato e construção de argumentos capazes de interpretar a lei. Este duplo nível percorre o comum pensamento jurídico. O juspositivismo, de fato, deixa a ideia de que o direito deve caminhar ao lado da justiça e muito além da moral, da política, da sociologia. Mas o mesmo positivismo não nos tem autorizado a pensar que aqueles que fazem as leis e o direito não podem ser injustos, imorais, antissociais. Os juízes crêem que estabelecendo os princípios do direito estão fazendo justiça e desta forma obedecem ao que entendem por sentido de justiça revestindo às formas do direito. Há uma frase que culmina este pensamento: nenhuma lei pode ser ao mesmo tempo válida e injusta.

6. À GUIA DE CONCLUSÃO

A técnica argumentativa que o bom advogado emprega, que o bom doutrinador utiliza, que o magistrado pondera nas afirmações deve, porém, ter conhecimento da exigência do meio e das exigências da mensagem. Exigências do meio: dar-se conta de que o juiz não se convencerá jamais de uma tese que não compreenda. Isto seria distanciar-se do tradicional estilo da magistratura; a argumentação jurídica não pode ter uma linguagem arrogante e permeada de períodos intermináveis, de atos prolixos, de conceitos confusos, que indiscutivelmente são os mais idôneos para não serem compreendidos; buscar proposições concisas que possibilitem a compreensão, a progressão lógica linear visa a solução pretendida.

Quanto às exigências da mensagem, os sujeitos envolvidos devem concatenar suas ideias, argumentos a partir daquelas técnicas que servem para persuasão e convencimento das partes e não esquecer dos elementos psicológicos. Os argumentos visam convencer pessoas humanas, o que se fala e o que se escreve é dirigido a pessoas: advogados, juízes, membros do ministério público, enfim, dos sujeitos envolvidos. Portanto, é importante que a mensagem satisfaça a simpatia de todos, sobretudo de quem julga, pois vimos que, este não somente constata, mas na realidade escolhe, interpreta. Trata-se de eleger uma preferên-

cia e esta será orientada pela simpatia moral do juiz.

Se para as pessoas fossem suficientes o bom senso, a moral, o sentimento de justiça, a ciência jurídica não teria sido necessária, mas certamente será a tese jurídica formal plena de bom senso, valorizando a moral, o justo, que o juiz tenderá a privilegiar. Não basta, então, que segundo o direito, o advogado possa demonstrar que seus argumentos levarão à vitória, é preciso acreditar na tese, defendê-la, porque a simpatia moral do juiz será instrumento de convencimento subterrâneo que o direito leva à direção da justiça.

A mensagem dos operadores do direito, sobretudo advogados, não se limita a persuasão, o apelo ao juiz, mesmo sendo duplo o caminho: operar sobre o plano da persuasão emotiva e sobre o plano do convencimento racional. É preciso, ainda, satisfazer a exigência cognitiva do juiz e não haverá possibilidade de vitória no seu juízo se não for construída a tese com clareza e com base nas premissas existentes *in natura* (as premissas de fato) ou *ex lege* (existentes nas leis, as premissas de direito). Tudo isto fará o juiz propender para uma dada direção desejada muito mais que aquela contrária, defendida pelo adversário.

Em todos os processos existem um finito conjunto de dados de fato e um finito conjunto de disposições legais invocadas nas alternativas dadas às construções jurídicas das duas partes entre as quais se escolhe o contraditório. A técnica que melhor realiza o convencimento racional é a técnica que busca introduzir o máximo de coerência organizativa no conjunto dos dados de fato e no conjunto das disposições. Aquele que pode inserir em um desenho unitário e coerente todo o conjunto dos elementos de fato e todo o conjunto das disposições de referência, de direito, tem em mãos o argumento que intelectualmente inclinará o juiz ao seu favor.

A técnica utilizada no emprego de argumentos vencedores não pode dispensar um princípio filosófico já apresentado na lógica aristotélica, princípio este denominado de razão suficiente. Sobre este princípio fica a clareza que entre duas alternativas, nós necessariamente, preferimos aquela que mais amplamente torna razão de si e para si⁹. É certo que o princípio da razão suficiente não é a razão em absoluto. A razão suficiente inclina, não constringe necessariamente o juiz a nos dar razão. Não garante a vitória, mas permanece sólido na defesa de suas teses.

Não existe nenhuma técnica que garante a segurança da vitória

9 Para maiores conhecimentos sobre os princípios aristotélicos aponto o livro *Convite à Filosofia*, cap. I e II, autora: filósofa, Marilena Chauí, editora, Ática, São Paulo, 2002.

em determinada causa. Todos os argumentos, também aqueles aparentemente mais perfeitos são passíveis de refutação. Os profissionais interessados na aprendizagem de uma técnica justa, perfeita, porém falível, de argumentação forense devem de qualquer modo congratular-se. Porque no dia em os procedimentos técnicos na construção de argumentos serventia não tiver, têm-se a clareza que não haverá jamais a necessidade de bons advogados, de excelentes operadores do direito.

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

FILHO, Magalhães; BARREIRA Glauco. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON. **Sistema do Direito Romano Atual**. Volume I, II e III. Ijuí: Unijuí, 2004.

As ações possessórias e sua relevância prática na sociedade contemporânea brasileira

José de Jesus Almeida¹

RESUMO: Este trabalho se debruça ao estudo das ações possessórias reguladas pelos artigos 926 aos 936 do Código de Processo Civil. Aponta pressupostos históricos, como os movimentos sociais “sem terra”, para reflexão acerca da ponderação de bens jurídicos tutelados pelo direito em face do déficit habitacional e dos problemas sociais correlatos, os quais cabem ao direito regular. Esboça também a relevância dos interditos possessórios nominados pelo diploma legal supra, quais sejam, a reintegração de posse, a manutenção de posse e o interdito proibitório. Traça comparações entre ações possessórias e petições e sua natureza jurídica, bem como os pontos fundamentais de distinções entre as teorias objetiva de Ihering e subjetiva de Savigny. Adentra na proteção possessória, no princípio da fungibilidade, da natureza dúplice das ações, da competência de foro para sua propositura, da legitimidade postular, da exceção de domínio tão discutido na doutrina sub a polêmica redação do Art. 923 do CPC, bem como da possibilidade de cumulação de pedidos e da forma procedimental em que pese as ações de força nova e de força velha.

Palavras-chave: Manutenção e Reintegração de Posse, Interditos Proibitórios. Sem Terra. Ações possessórias.

ABSTRACT: This work addresses the study of possessory actions governed by Articles 926 to 936 of the Civil Procedure Code. Points history assumptions such as social movements “landless”, to reflect on the balance of legal interests protected by the law in the face of the housing deficit and related social problems, which are up to the regular law. It also outlines the relevance property injunctions nominated by the legal diploma above, namely, repossession, maintaining possession and the prohibitory interdict. Moth comparisons between possessory and petitionary actions and their legal nature, and the fundamental points of distinction between objective and subjective theories of Ihering of Savigny. Enters the possessory protection, the principle of fungibility, the dual nature of the actions, the court of jurisdiction for filing, the legitimacy postulate, the domain except as discussed in the doctrine under the controversial wording of Art. 923 of the CPC, as well as the possibility of overlapping of applications and procedural way in spite of the actions of new strength and power of old.

Keywords: Maintenance and Repossession, Bans prohibited. Landless. Possessory actions.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho não é esgotar o tema na sua complexidade. Inicialmente, pretende elencar pontos fundamentais das ações possessórias no que tange aos pressupostos históricos relevantes para se tentar enxergar quais resultados práticos se revelam na sociedade brasileira. Também visa distinguir o esbulho, da turbação e do interdito proibitório, em confronto com as ações petições, aderidas por maior parte da doutrina como não sendo integrantes das ações possessórias.

¹ Estudante do 7º Período de Direito - Faculdade de Ciências Empresariais Santo Antônio de Jesus-Ba.

Posteriormente, lança-se ao desafio de concatenar o porquê do Código Civil vigente optar pela teoria objetiva de Ihering (1789), a subjetiva de Savigny (1800).

Ainda, visa explicar o interdito proibitório, seu cabimento e seus efeitos, bem como invocar na jurisprudência, como fonte de direito, a eficácia deste instituto jurídico como remédio judicial gerador de proteção à posse e à paz social.

Por fim, mas não menos importante, vislumbra destacar a problemática ao redor do Art. 923 do Código de Processo Civil acerca da exceção de domínio. Por derradeiro, despertar a capacidade crítica dos interessados no tema das ações possessórias, de modo a ultrapassar a idéia de espectador da dinâmica jurídica, a parte vívida nesta transformação.

Destarte, este instituto jurídico que ora passamos a estudar, é de fundamental relevância para salvaguardar os direitos do possuidor em cuja coisa está submetida. Por esta razão, vale frisar a priori, à luz da boa redação do Art. 1.196 do Código Civil em vigor, que: “*possuidor é todo aquele que tem de fato o exercício, direto ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*”, isto é, o poder de uso, gozo e disposição da coisa (Art. 1.228, CC. 2002).

Para o professor Alexandre Câmara (2003), é inevitável tratar das ações possessórias propriamente ditas, isto é, apenas de cunho processual, ²sem que se trate, ainda que perfunctoriamente do direito substancial que as envolve.

2 DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

2.1 HISTORICIDADE E RELEVÂNCIA

Com base em pesquisas feitas pelo especialista em Direito internacional, Wanildo José Nóbrega Franco (2002-UNIMEP-SP), extraíram-se as informações:

“que o Império Romano distribuía lotes de terras a seus cidadãos, e quando estes não dispunham de outros meios de provar a sua propriedade, se socorriam através de uma ação específica denominada reivindicatória, em cuja fase preliminar se procurava exaustivamente os meios de provar o seu domínio sobre a coisa para tentar convencer o pretor, que podia provisoriamente, consolidar a situação a um dos litigantes, até a sua decisão final de se reconhecer a propriedade de um deles.

Esse tipo de ação de proprietário, quase sempre não passava da fase inicial, haja vista a escassez e por que não dizer o desgaste para tentar-se juntar as provas necessárias, ocasionando desinteresse para o seu prosseguimento, quer da parte do réu, por não poder provar mais nada, quer da parte do autor, por já ter havido sua pretensão preliminarmente”.

Consoante este entendimento acrescenta que:

“essa rotina teve evolução, chegando dado momento de que essa fase preliminar se transformou em verdadeira ação, cuja sentença era proferida sobre o domínio, por ser muito difícil fazer provas documentais da propriedade, surgindo assim, o interdito possessório” (FRANCO, 1997, 35).

Esta perspectiva histórica dos institutos jurídicos é normalmente olvidada nos cursos de Direito, com o que jamais poderemos compactuar, pois o Direito também é história e não pode ser compreendido de forma estanque, cristalizando-se em um tempo-espaço.

2.2. REALIDADE FÁTICA BRASILEIRA - OS LEGÍTIMOS MOVIMENTOS SEM TETO E A SUA ORGANIZAÇÃO FRAUDULENTA.

A dívida civilizatória que o Estado, por meio de seus governos, imprime na vida social de seus cidadãos é um marco centenário de difícil reparação. Não se trata de pessimismo, quem sabe realismo. Porém, é sabido que o direito vem à reboque do fato social, de modo que deva regulá-lo. A realidade fática brasileira, recai por meio diversas deficiências que tornam a engrenagem social inerte às soluções de cunho real, sobretudo no que toca às questões habitacionais, a exemplo da má distribuição de renda e da reforma agrária fingida.

Não vale a pena neste interim e pelo tema proposto, delongar-se nessa flagrante ausência do Estado, de modo que importa alinhar tal realidade a soluções jurídicas práticas, seja do ponto de vista da função social da propriedade, em contradita às formas violentas, pelas quais milhares de cidadãos manipulados por líderes usurpadores que usam da massa popular para coagir latifundiários e empresários auferindo enriquecimento ilícito, se prestam o papel equivocado de reivindicação dos direitos inerentes à propriedade.

À luz da recente reportagem, *in verbis*: ³“a Justiça determina reintegração de posse do prédio invadido por sem-teto na Avenida Rui Barbosa, no Flamengo. Duas ações, uma do Flamengo, proprietário do edifício, e outra do grupo EBX, do empresário Eike Batista, foram aceitas pelos juízes da 36ª e 47ª Vara Cível. O

³ Disponível em <http://odia.ig.com.br/>. 15 de abril 2015.

imóvel foi ocupado na madrugada de terça-feira por um grupo de aproximadamente 90 pessoas ligado ao Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto (MTST).

De acordo com as decisões judiciais, além da Polícia Militar e da Guarda Municipal, a reintegração de posse será realizada com o apoio de agentes das secretarias municipais de Direitos Humanos e Assistência Social. Médicos e ambulâncias da Prefeitura também serão acionados”.

A juíza Martha Elisabeth Falcão Sobreira, da 47ª Vara Cível, na ação proposta pelo REX Hotel, escreveu (2015):

“O problema é nitidamente social, mas não se pode preferir o direito de propriedade em função de uma coletividade que deveria estar assistida pelo Estado, exercendo sua cidadania com dignidade, razão pela qual positivado o esbulho, acolho o pedido liminar”

Já o juiz Leonardo Alves Barroso (2015), da 36ª Vara Cível, destaca que:

“a propriedade que cumpre uma função social deve ser protegida pelo Poder Judiciário e Público em geral para impedir que o desenvolvimento nacional seja atingido por atitudes com fins, aparentemente, sociais, mas inadequados e irrazoáveis, supostamente, oportunistas”.

Diante do exposto, claro à luz solar, está alguns motivos pelos quais se faz necessário a eficácia do instituto jurídico dos interditos proibitórios a fim de proteção à propriedade urbana e rural que, de forma produtiva, atinge a função social.

Por outro lado, as ações possessórias não se prestam a disfarçar a não efetividade da função social da propriedade, que aliás, é marco constitucional previsto na Constituição Cidadã. Daí porque há de se falar que as ações possessórias surgem como instrumento gerador da paz social de modo a equalizar a questão. Neste sentido, esta não poderá ser vista como meio de impugnação de direitos, pelo contrário, precisa ser tratada como instituto jurídico amparador da sociedade, que, diga-se de passagem, muito faz uso do instituto da posse. Nesta constatação, segue a decisão jurisprudencial:

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1353892 RJ 2012/0121822-9 (STJ), Data de publicação: 25/06/2014; Ementa: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL VINCULADO AO PAR - PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. INADIMPLENTO DO ARRENDATÁRIO. NOTIFICAÇÃO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. POSSIBILIDADE.1- No contrato de arrendamento residencial disciplinado pela Lei 10.188 /01, a instituição financeira arrendante poderá, após notificação ou interpelação do arrendatário inadimplente, propor ação de reintegração de posse para reaver o bem, independentemente de posse anterior. 2.- Recurso Especial improvido.

A Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo 1º, inc. III e IV, como fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho de da Livre iniciativa. Ainda que conste no artigo 3º, inc. I, II e III, como objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e igualitária, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Já o artigo 5º, inc. XXII e XIII, da CF/88, contempla o direito de propriedade, cujo exercício, porém, condiciona-se pela função social.

Para que os objetivos e fundamentos estabelecidos na Constituição Federal sejam observados, vários fatores terão de se fazer presentes. A propriedade, sua posse e disciplina jurídica são mecanismos fundamentais para esse fim.

A perspectiva histórica dos institutos jurídicos é normalmente olvidada nos cursos de Direito, com o que jamais poderemos compactuar, pois o Direito também é história, e não pode ser compreendido de forma estanque, cristalizado em um tempo-espaço.

1 ABORDAGEM CONCEITUAL

As ações possessórias nutrem diferentes pontos de vista pela doutrina. Consta, porém, notadamente nos manuais de direito processual civil que a conceituação do que seja ação possessória está intimamente ligada ao instituto da posse, matéria de capítulo civil.

Assim, para Daniel Amorim (2013), em breve síntese, as ações possessórias ⁴“é a tutela de um possuidor contra um fato que ofenda a sua posse, de forma que são excluídas do âmbito das ações possessórias as demandas em que se alegue a existência de relação jurídica que dê ao autor direito a posse”.

No entendimento de Luiz Rodrigues Wambier (2008), a posse ⁵“consiste no poder de fato que o sujeito detém sobre coisa corpórea”. Por outro lado, Humberto Theodoro Junior citando Clovis Beviláquia (2014 p.110) entende a posse: ⁶“como o exercício de fato dos poderes constitutivos do domínio, ou propriedade, ou de algum deles somente”. Destarte, Theodoro conclui que o importante na verdade não é a conceituação *per si acerca da posse e sim indagar qual sua eficácia no mundo jurídico*, de modo que passamos a abordar sua proteção.

4 Daniel Amorim, p. 1377)

5 Wambier, p. 465

6 Theodoro Junior, p.110

1 OBJETO E NATUREZA

As ações possessórias se debruçam apenas para tutelar direito corpóreo, não sendo admissível albergar direitos imateriais. Para tanto, reza a Súmula 228 do Superior Tribunal de Justiça: *“É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral”*.

Por outro lado, importa destacar que as ações possessórias não têm natureza real, ou seja, tratam-se de medidas assecuratórias, que por via judicial se busca preservar e satisfazer direitos dos que exercem algum dos poderes inerentes à propriedade. Estas medidas são, em verdade, interditos possessórios pelos quais o possuidor aciona o Estado-Juiz à prestação coercitiva e jurisdicional, a fim de se manter na posse da res objeto de litígio.

Neste sentido, as ações possessórias em nada se coadunam com as ações petitórias, pois, para estas últimas, o pretense possuidor não exerce a posse e sim a propriedade ao ostentar o justo título. Vale dizer, a simples demonstração via registro público de imóveis em nome do mesmo, o faz exibir a propriedade que exerce sobre o bem.

Do contrário, há de se falar em ações possessórias, vez que o possuidor não ostenta ser o titular da coisa, apenas mero possuidor. Perceba que se um indivíduo “y” aluga um veículo automotor para as férias de fim de ano e este veículo vem a ser utilizado por seu primo durante 10 dias, sem a devida autorização, e, ainda que o detentor se negue a devolver a coisa, não poderá o possuidor requerer, por exemplo, por ação de imissão na posse, pois proprietário não é e sim possuidor; devendo, portanto, reavê-lo através do interdito possessório cabível chamado ação de reintegração de posse, a qual será tratada detalhadamente mais adiante.

2 A POSSE E SUA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA

São duas as teorias em destaque dentre as fontes do direito que buscam explicar a posse. De um lado a teoria do famoso jurista alemão Savigny (1800), que para ele, a posse consiste na evidência de dois elementos fundamentais: o animus e o corpus. Savigny (1800) sistematiza neste entendimento que, para que o possuidor demonstre a posse, estes dois elementos deveriam está presentes, de modo que, caso o possuidor não demonstre interesse (animus) de possuir a coisa, constitui-se mero detentor, pois, embora haja o elemento corpus (a ostentação da coisa),

não consta a vontade do mesmo em possuí-la (*animus*). Neste sentido, por exemplo, o locatário ocupante do imóvel, segundo Savigny, não é possuidor.

No entanto, a teoria de Savigny fora suplantada pela teoria do também alemão e *jus filósofo*, Ihering (1789). Enquanto a teoria de Savigny era denominada de subjetiva em razão do elemento *animus*, a teoria de Ihering fora denominada teoria objetiva, considerando apenas o elemento *corpus*, visto que estaria o *animus* (a vontade) do possuidor contido ao demonstrar o exercício de fato sobre a coisa. É dizer, basta apenas que haja a coisa possuída para que, perante terceiros se mostre exercer algum dos poderes inerentes à propriedade.

O código civil em vigor adotou a teoria objetiva de Ihering conforme preceitua o Art. 1.204 *in verbis*: “*adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o seu exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade*”

Outra questão levantada diz respeito à natureza jurídica da posse. Isto é, qual a origem da posse? seria a posse um fato ou um direito. De um lado, há quem sustente que a posse se trata de um direito. Para o jurista Alexandre Câmara (2008) a posse é um direito, com todas as características dos direitos desta natureza. Do Contrário há quem julgue ser apenas uma questão de fato, haja vista não se discutir a propriedade, apenas os poderes dela decorrentes. Em outras palavras, quem exerce a posse não implica ser proprietário, mas simples possuidor.

Deste modo, o legislador aderiu a Teoria de Ihering em várias nações do mundo, não sendo diferente no Brasil, a partir do entendimento que a posse por si mesma contém intrinsecamente os elementos de vontade e objeto, isto é, o *animus* e o *corpus*.

Esta perspectiva não se traduz pela necessidade de se evitar conflitos na vida prática de modo a não produzir insegurança jurídica, bem como ser objeto de promoção da paz social.

2.1 FUNGIBILIDADE

Graças à inteligência dada a redação do Art. 920 do Código de Processo Civil, as ações possessórias podem, pelo princípio da fungibilidade, ser substituídas uma por outra caso o juiz verifique necessário e desde que os requisitos estejam provados, conforme se mostra no Art. 920 CPC: “A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal cor-

respondente àquela, cujos requisitos estejam provados”.

Segundo observa ⁷Luiz Rodrigues Wambier (2008):

“Se no curso do processo interposto ação possessória, o autor postulou ação de reintegração de posse, alegando que sua posse fora esbulhada, mas a prova demonstra que não houve a perda, mas que está na iminência de ocorrer, outorgará o interdito proibitório”.

Esta possibilidade se dá justamente em razão de que, embora a demanda possessória tenha um rito especial, mais veloz é, por maioria dos casos, a violência à posse, de modo que o legislador prevendo tal situação se antecipa objetivando proteger o possuidor.

Interessante ressaltar, por outro lado, que em regra o que se prevalece é o princípio da congruência fundado no Art. 460 do CPC, em que é defeso ao juiz proferir sentença *ultra petita* ou *extra petita*. No entanto, este arcabouço legal é mitigado em face dos interditos proibitórios em comento.

2.2 NATUREZA DÚPLICE DOS PROCEDIMENTOS POSSESSÓRIOS

Como de costume em matéria possessória, há dissenso na doutrina quanto ao caráter dúplice dos procedimentos possessórios. O Art. 922 do CPC assegura ao réu o direito de usar a contestação para alegar que, em verdade, fora sua posse ofendida e não o que ostenta o autor, de modo que passa a demandar contra o autor a proteção possessória dentro dos mesmos autos, sem necessidade de processos em apartados. Porém, aqui é onde reside a divergência doutrinária.

Para o professor ⁸Daniel Amorim (2013):

“A previsão do Art. 922 do CPC, ao permitir que o réu faça pedido contra o autor na própria contestação, não está criando ações dúplipes – e nem poderia uma regra processual fazê-lo – e sim criando especialidades procedimentais para a elaboração de pedido de caráter reconvenicional”.

Para o referido professor, admitir que o legislador pretendesse tal alcance é distorcer a natureza jurídica da relação de direito material.

Por outro lado, para o docente e desembargador aposentado pelo Estado das Minas Gerais, Humberto Theodoro Junior, o legislador atribuíu sim caráter dúplice às ações possessórias. Para ele, ⁹*nas ações dúplipes não há, na verdade, nem autor nem réu, no rigor técnico dessas expressões. (...) há*

⁷ Wambier, p.439

⁸ Daniel Amorim, p.1380

⁹ UNIOR, 2014 p. 134).

nítida diferença de atitudes de cada parte: só o autor pede; e o réu apenas resiste ao pedido do autor. Ao que se percebe no tocante ao caráter dúplice das ações possessórias, é o instituto da reconvenção que se torna evidente objeto de discussão. Vale dizer, é atribuir a admissibilidade de na contestação haver ou não reconvenção. Neste sentido, o professor Theodoro afirma que, em verdade, quando se fala de reconvenção, fala-se do meio pelo qual seja possível ao réu formular pedido contra o autor. No entanto, aduz que, neste caso, não há de se falar em defesa do réu e sim de nova ação dentro dos autos já existentes. Logo, não há de se falar em reconvenção nas ações dúplices e sim em, no momento da contestação, o réu propor nova ação, inclusive reclamar perdas e danos contra o autor.

2.3 COMPETÊNCIA DE FORO

Esta parece ser uma questão de simples solução. Basta seguir as mesmas regras dos Arts. 94 e 95 do CPC. Isto é, se o objeto do litígio for bem móvel, o foro para propositura da ação será o foro do domicílio do réu, porém, se versar sobre bens imóveis o foro será a do local da coisa. Há por óbvio, de se observar quando a competência é absoluta ou relativa, a depender do caso em concreto e a especialidade quando envolver relações de trabalho ou entes federados.

2.4 LEGITIMADOS PARA PROPOSITURA DA AÇÃO

O legitimado para exercer o direito de ação, em regra, trata-se do possuidor direto, pois é este quem demandará no polo ativo da demanda. Contudo, o possuidor indireto, isto é, aquele que não exerce a posse mediata, mas por razão da titularidade sobre o bem a exerce indiretamente, este também poderá figurar como polo ativo, é o que reza o:

Art. 1.197 in verbis:

“A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”.

Embora feita tal possibilidade deflagrada no bojo do citado artigo, importa informar, no entanto, que o polo passivo é o sujeito responsável pelos atos de moléstia à posse, é por bem trazer à baila a excelente ponderação:

¹⁰(...) na hipótese de atos praticados por preposto de terceiro, e sendo a ação movida contra esse preposto, caberá a nomeação à autoria, conforme promete o Art. 62 do CPC. Tal ponderação é relevante em razão de apontar uma possibilidade atípica vez que traz ao quesito da proteção possessória embargos de terceiros.

3 EXCEÇÃO DE DOMÍNIO

A *exceptio domini* causa estranheza no campo das possessórias. O que em verdade se busca elencar neste instituto é sua procedência ou não no Código de Processo Civil em vigor, bem como sua aplicabilidade frente às questões de proteção da posse arguida com base no domínio, de modo que, importa compreender-se melhor tal instituto, o que por ora passamos a ponderar.

Quando se estuda este instituto jurídico, custa compreender o porquê sua flagrante divergência. Porém, para se considerar a premissa, seja por óbvio, necessário fazer-se a seguinte pergunta: o que é exceção de domínio? Por assim dizer, exceção de domínio é o instituto jurídico pelo qual se busca proteger a posse de determinado bem independente do possuidor, ser ou não o proprietário, pois a prima face, o que se discute não é a propriedade do bem, mas sua proteção em favor do possuidor legítimo.

O Artigo 923 do Código de Processo Civil diz que se há em curso uma ação possessória, não poderá o autor ou réu intentar ação petitória até que aquela exare. Neste sentido, a ação possessória em curso apenas suspende o exercício do direito de ação e não o anula, pois finda a ação possessória, poder-se-á discutir a propriedade por via de ação petitória.

À luz do pensamento do professor Daniel Amorim: ¹¹“a vedação imposta pelo referido artigo busca proteger o possuidor contra o proprietário que esbulha ou ameaça molestar sua posse”. É dizer, caso o locador alegue a posse de forma ilegal contra o locatário, não poderá este utilizar-se do direito de propriedade para reaver a posse do bem, pois o locatário poderá opor exceção de domínio em virtude do direito de possuidor que lhe assiste.

O código Civil de 1916 previa:

“Na pendência do processo possessório é defeso assim ao autor como ao réu intentar a ação de reconhecimento do domínio. Não obsta, porém, a manutenção ou reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio.”

¹⁰ Daniel Amorim, 2013, p.1382

¹¹ Daniel Amorim, 2013, p.1380)

Consoante a este dispositivo, entende-se que era vedado, ao autor e ao réu perquirir ação de reconhecimento de domínio enquanto tramitava ação possessória, pois em verdade, queria o legislador primitivo discutir a posse, para então se deflagrar àquele quem tinha o domínio, o direito de possuir a coisa.

Com a redação do Código de Processo Penal de 1974, em sua redação originária, veio a supressão.

Daniel Amorim (2013. P.1381), citando Ovídio A. B. da Silva:

“Enquanto pela letra do art. 505 do Código Civil, o julgador não deveria julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencesse o domínio; agora, segundo a nova disposição do Código de Processo Civil, ao contrário, a posse deveria ser julgada em favor daquele a quem evidentemente o domínio pertencesse”.

Por força da Lei. 6820, de 1980, fora suprimida do art. 923 do CPC a proposição que dispunha sobre a possibilidade de introduzir-se, nos juízos possessórios, as questões fundadas em direito, ficando seu texto reduzido ao seguinte: “Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio”

Por fim, o Supremo Tribunal Federal através da Súmula 487 define a discussão com a seguinte redação: “*Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada*”.

Perceba que a partir de então, o STF passa a dirimir a questão da posse com olhar não apenas nas evidências de quem tenha o domínio, mas se realmente os litigantes disputam a posse com base no domínio.

4 CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

A cumulação de pedidos em sede de ação possessória é regulada pelo Art. 921 do CPC. Tem-se que é possível em face dos incisos I, II, II referido artigo a cumulação de pedidos vez que cumulados com:

- a) Condenação em perdas e danos;
- b) Cominação de pena para o caso de nova turbção ou esbulho;
- c) Desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento da posse do autor.

Por outro lado, há uma possibilidade de cumulação de pedidos

quando num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão, de acordo o Parágrafo primeiro do Art. 292 do CPC.

Neste sentido, o professor Daniel Amorim (2013, p. 1338) ressalva:

“O pedido de cominação de pena para o caso de nova turbação ou esbulho, não é propriamente um pedido principal do autor, tratando-se tão somente de uma medida de execução indireta (multa) aplicável para o caso de descumprimento de uma obrigação de fazer (não molestar novamente a posse).”

Este tipo de cumulação de pedido em nada obsta a fruição processual, de modo que não se deve exagerar na dose levando-se a possibilidade de cumulação de pedidos como medida alienígena nesta relação.

Veja que na mesma redação do Art. 921 o próprio juiz poderá de ofício estipular multa em casa de não ver cumprida a decisão.

5 REINTEGRAÇÃO DE POSSE, MANUTENÇÃO DE POSSE E SUAS FORMAS PROCEDIMENTAIS.

Estes institutos jurídicos tem relevância marcante no seio social e, portanto necessidade de maior atenção, sobretudo porque são cada vez mais elevados os níveis de invasões e tomadas de imóveis em ocupações violentas, de modo que a lei suscita questões relevantes para proteger a posse, bem como o direito do cidadão sem teto, o qual não carrega culpa de por vezes proprietários negligenciarem a função social da propriedade.

Embora seja necessário reforçar a visão romântica e filosófica do direito no tocante às ações possessórias, partamos para o que interessa, isto é, esboçar acerca da reintegração e da manutenção da posse e suas formas procedimentais.

5.1 DA REINTEGRAÇÃO DE POSSE

A ¹²reintegração de posse ocorre quando a posse é esbulhada. Isto é, o possuidor perde a posse e para ser reintegrada na mesma, deverá intentar ação de reintegração de posse a fim de se restabelecer ao “status quo ante”. No entanto, você há de se perguntar o que venha a ser o esbulho. Assim, o esbulho é o meio violento pelo qual a possuidor injustamente se apodera da coisa. Há três formas pelas quais o esbu-

12 Vide Anexo III

lho ocorre: Quando existe violência à posse; quando a posse é tomada clandestinamente. Ou quando a posse é perdida por meio de turbação.

Segundo Daniel Amorim (AMORIM, 2013, p.1380), a reintegração de posse e a manutenção da posse têm os mesmos procedimentos processuais:

“A reintegração de posse e a manutenção de posse tem o mesmo procedimento previsto pelos arts. 926 a 931 do CPC, ainda que se reconheça a diferença de espécie de agressão à posse que fundamentam cada uma dessas ações”.

Esta regra contida nos referidos artigos está correlata às ações possessórias de força nova, isto é, as ações que dentro de ano e dia sejam propostas.

Por outro lado, estas são chamadas de ação de força velha e para as tais o rito processual é mais devagar, ou seja, corre de modo ordinário e não no rito especial como o é nas ações de força nova.

Esta previsão se calca na função social da propriedade. Em outras palavras, caso no lapso temporal de ano e dia, o proprietário da coisa não reclame a violência sofrida à sua posse, presume-se que a este pouco valor, ou pouca falta lhe está fazendo o bem, de modo que, a partir de então, não mais correrá a ação interposta, pelo rito especial, e sim pelo rito ordinário.

5.2 DA MANUTENÇÃO DE POSSE

À luz do Art.926, o legislador dá ao possuidor o direito de ser mantido na posse em caso de turbação. Logo, a manutenção de posse é a forma pela qual o possuidor, fazendo prova da alegação, constata que sua posse fora turbada. A turbação ocorre quando a posse é violada em parte. Ou seja, quando o possuidor é impedido parcialmente de exercê-la.

A título exemplificativo, diga-se que Carlos mudou a cerca de suas terras para dentro das terras de Vilma. Veja que a posse fora violentada parcialmente e não na sua totalidade. A turbação, portanto, se dá pela restrição ao exercício da posse, conforme mostra figura em Anexo I.

O professor Luiz Rodrigues Wambier (2008) exemplifica ¹³a situação de alguém que adentra imóvel de outrem e passa a cortar árvores,

13 Wambier, 2008.p.183

mas sem impedir o acesso do possuidor à terra.

Importa destacar, entretanto, que a ação poderá ser intentada ainda quando a turbação se configure em fase de ameaça, de modo que haja tempo oportuno para evita-la. Por outro lado, vale dizer que a proteção legal somente se dará quando a posse exerça sua função social, não se admitindo sua auto-aplicação. Isto é, caso a posse não exerça sua função social, poderá ser usucapida.

5.3 DOS PROCEDIMENTOS

Nas ações de força nova em que consiste o lapso temporal de ano e dia, o procedimento será sumário, ou seja, se dará em caráter célere frente ao juízo, em razão do autor previamente, na busca do poder judiciário, seja capaz de evitar o agravamento da posse. Já quanto às ações de força velha, o procedimento será ordinário, vez que, pela demora do autor de intentar a ação pertinente, presume-se tolerância ou desinteresse à posse.

Assim, vez que proposta a ação, incube ao autor provar, nos termos do Art. 927 do CPC, *in verbis*:

- I – A sua posse;
- II – a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
- III – A data da turbação ou do esbulho;
- IV – a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração."

O Art. 927 supra trata de forma especial e complementar dos requisitos da petição inicial do Art. 273 do CPC, de modo que o legislador percebeu a necessidade de ampliar, em matéria possessória, os requisitos, para que o juiz pudesse exercer maior cognição frente ao acervo probatório; à assegurar uma medida satisfativa.

Tendo sido instruída a inicial, poderá o juiz deferir até mesmo *interdita altera partis*, medida liminar, se o caso o requerer. Bem como poderá determinar ao autor que faça suas alegações e, respeitando o contraditório, citar o réu para comparecer em audiência (Art. 928 CPC)

O parágrafo único do mesmo dispositivo legal enriquece este entendimento, excluindo às pessoas jurídicas de direito público das decisões.

Caso seja feita audiência de justificação e julgada procedente a

ação, o juiz expedirá o mandado de reintegração ou, no caso, de manutenção na posse (Art. 929-930).

6 INTERDITO PROIBITÓRIO

O interdito proibitório¹⁴ é uma ação complementar às ações de manutenção na posse e de reintegração de posse, mas, em verdade, se convencionou chamar de tutela inibitória específica. Daniel Amorin (2013).

A razão deste instituto jurídico se dá para assegurar a efetividade das ações de manutenção na posse e de reintegração de posse, pois, caso o esbulhador tentasse obstruir a execução das ações supra, o autor por via desta medida buscaria em juízo assegurá-las. Noutros termos, a razão de ser desta medida, ainda segundo o autor citado, é a existência de um perigo iminente de moléstia à posse.

Embora nas obrigações de fazer o juiz conceda tutela específica da obrigação determinando providências que assegurem resultados equivalentes, é natural que nas ações possessórias tenha um processo próprio e que, de forma subsidiária, aplica-se a previsão do Art. 461 do CPC.

Quanto ao procedimento, se coaduna com os mesmos das ações possessórias. Porém, importa salientar que caso o esbulhador, ou turbador não cumpra a decisão judicial, poderá o juiz cominar multas pecuniárias (Art.932 CPC).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, torna-se flagrante que o instituto jurídico das ações possessórias assumem fundamentais relevância jurídica e social na estrutura do Estado democrático brasileiro, pois coopera na maximização de soluções jurídicas junto a sociedade, tais como: preservar o direito do possuidor de boa fé, proteger a posse das formas injustas de apropriação da posse, a exemplo do esbulho e da turbação, bem como desmitifica os movimentos sociais sem teto como sendo puramente movimentos em prol da reforma agrária e da dignidade da pessoa humana.

As teorias que nasceram na Alemanha com o objetivo de fazer valer o instituto possessório, que começou com Savigny, posteriormente suplantada pela teoria objetiva de Ihering, fez das ações possessórias,

¹⁴ Vide Anexo II

no Brasil, por meio dos julgados jurisprudenciais, unificar a matéria de modo que o Código Civil de 2002 passou a adotar a teoria objetiva de Ihering, sido debatida a natureza jurídica da posse e seus fins práticos em face de cada caso em concreto.

Por óbvio que as inferências e referências aqui explanadas tratam-se de conhecimentos básicos para compreensão da matéria, porém, cívado de suporte de boa doutrina para consecução dos estudos em apartado.

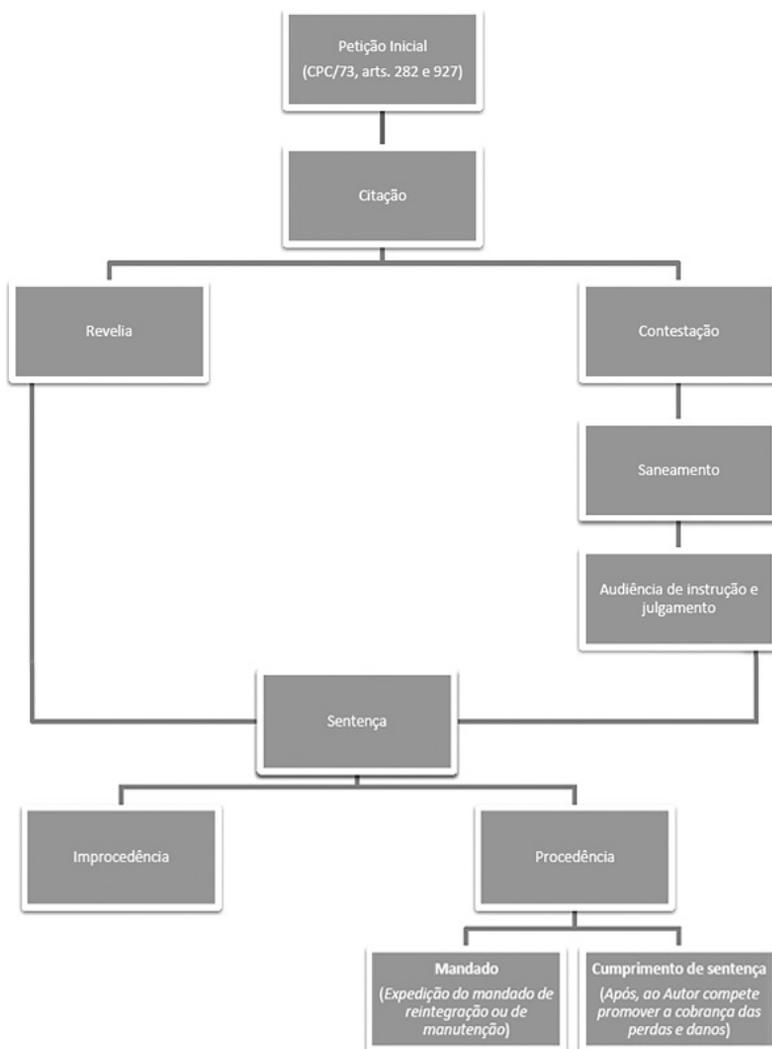
O interdito proibitório que também assume papel importante nesta transfiguração, diga-se de passagem, sem ele, os litigantes de má fé conseguiriam driblar o caráter satisfativo e o rito sumário, limitando portanto sua efetivação.

Por fim, as ações possessórias são, neste limiar, ações de caráter protetivo à posse. São em verdade, interditos possessórios que visam a garantia da paz social, de forma que sem ela, haveria problemas de dimensões incalculáveis.

ANEXOS

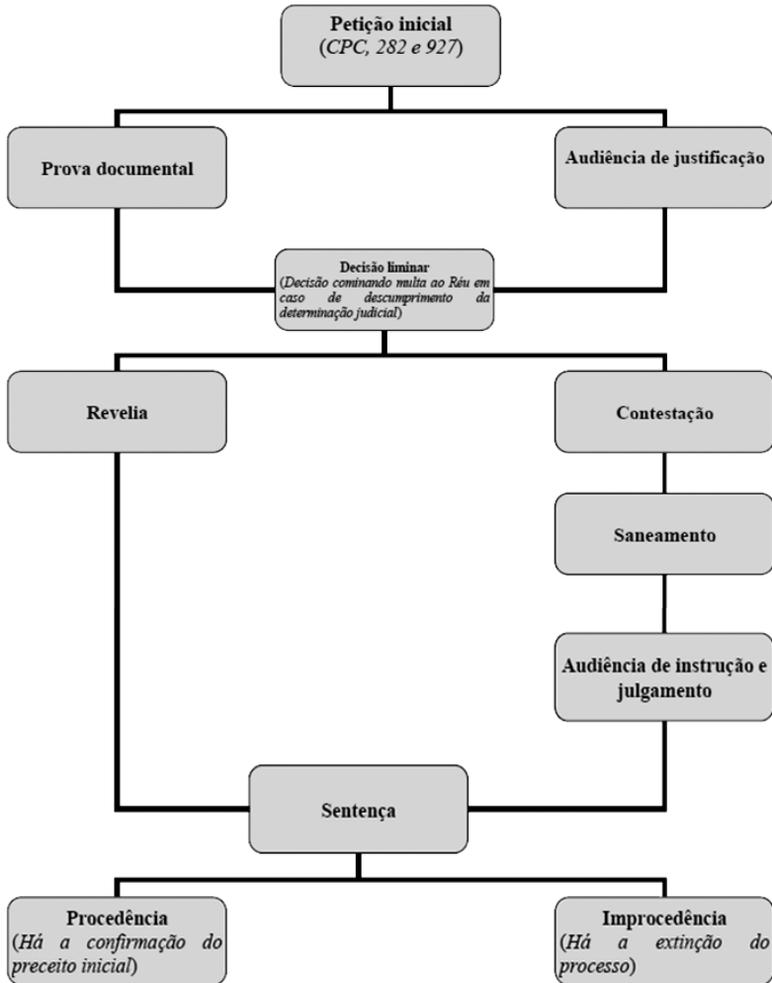
ANEXO I

AÇÃO DE FORÇA VELHA – REINTEGRAÇÃO E MANUTENÇÃO (CPC/73, 924)



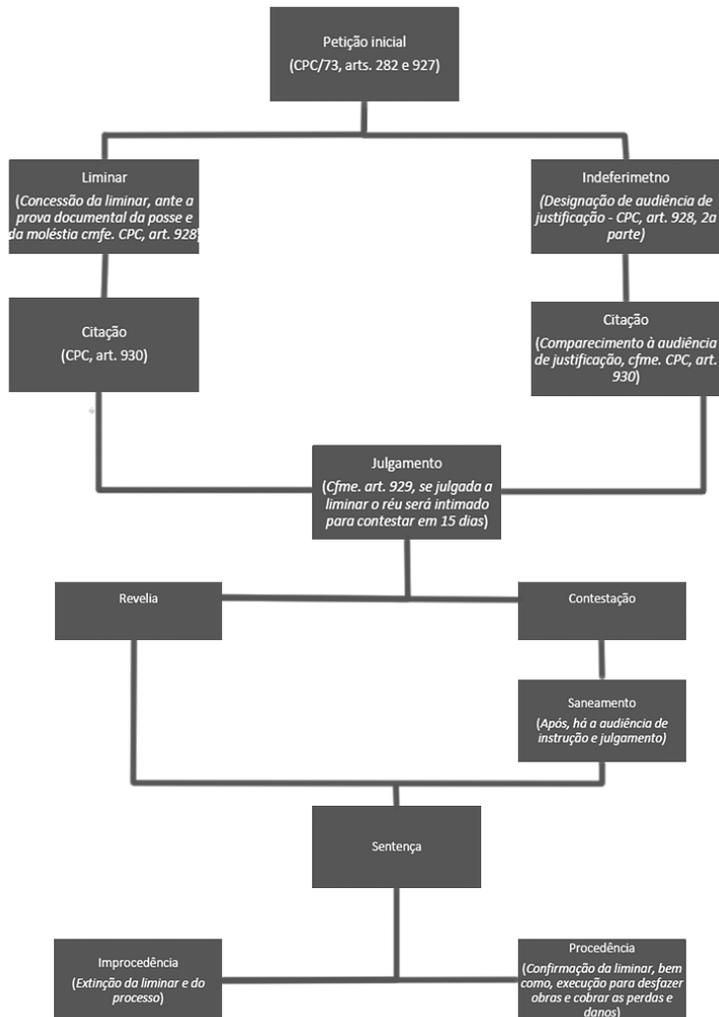
ANEXO II

INTERDITO PROIBITÓRIO (CPC, 932 E 933)



ANEXO III

AÇÃO DE FORÇA NOVA (REINTEGRAÇÃO E MANUTENÇÃO DE POSSE – CPC/73 ARTS. 926 A 931)



REFERÊNCIAS

Neves, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. Ed.5.2013. Método. V.u. 2013.

Junior, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Forense. Volume III. Ed.46.

Wambier, Luiz Rodrigues. **Curso de Direito Processual Civil**. Atlas.v.II. ed.7.2008

Filho, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Saraiva. Ed.22. v3.3013.

SUPEROR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL REsp 1353892 RJ 2012/0121822-9. De 25/06/2014. **CONTRATO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL VINCULADO AO PAR**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>. Acessado em 15 de abril de 2015.

O direito das minorias e o processo democrático brasileiro: um enfoque nas questões de gênero

Liana Fabrícia de Souza Costa ¹

RESUMO: O estudo do direito das minorias para ser entendido necessita ser contextualizado historicamente, e tem seu início, por alguns considerados, no Direito Internacional Público. Ao longo da história da humanidade, a sobreposição de interesses de um grupo de indivíduos, seja pelo poder ou pela força, é uma constante. Em contraposição, o direito de muitos quantitativamente, mas qualitativamente classificados de minorias vão sendo suprimidos. Neste contexto, o Direito das Minorias surge como uma proteção constitucional e garantidora de Direitos Fundamentais, alicerçadas na igualdade formal já positivada na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso I e na igualdade material que busca tratar os desiguais na medida da sua desigualdade. Ainda sobre este prisma o poder Judiciário insurge como um importante instrumento de efetivação da democracia e tolerância das diferenças, este poder através da sua atividade interpretativa dará ao caso concreto o tratamento diferenciado que clama. Com a releitura do conceito de Estado, sua atuação social e interventora, novas minorias surgiram ao lado das jurisprudencialmente reconhecidas, os negros e indígenas, quais sejam as mulheres, os portadores de necessidades especiais e os homossexuais. Neste estudo, com o fito de aprofundar o assunto sobre uma minoria foi escolhida a mulher pelo seu labor histórico em busca de reconhecimento, a conquista dos direitos políticos, trabalhistas e a atual constatação de que a exclusão dos cargos de decisão, seja privado ou público, é notória e a situação da mulher negra ainda é muito mais cruel e muito mais excludente. No entanto, um importante marco histórico não poderia deixar de ser mencionado no âmbito das conquistas femininas, a Lei Maria da Penha, sua história e alguns dos seus desdobramentos. Enfim, os frágeis argumentos da vedação Constitucional peremptória ao tratamento desigual a todo ser humano não prosseguem diante do verdadeiro caráter reparador social que tem o Direito das Minorias e que, os fins democráticos que estão previsto na nossa Constituição, encontram-se longe de serem alcançados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Minorias-Lei Maria da Penha- Ações Afirmativas

RESUMO: The study of the rights of minorities to be understood needs to be contextualized historically, and has its beginning, by some considered, in public international law. Throughout human history the overlapping interests of a group of individuals, either by power or by force, is a constant. In contrast the right of many quantitatively, but qualitatively classified minorities are being suppressed. In this context, the right of minorities comes as a constitutional protection and guarantor of fundamental rights, grounded in formal equality already positively valued in the 1988 Federal Constitution, art. 5, subsection I and material equality that seeks to address the unequal as its inequality. Still on this light the judiciary protests as an important tool for effective democracy and tolerance ace differences, this power through its interpretive activity will give the case the differential treatment crying. With the reinterpretation of the concept of State, its social activities and intervening, new minorities emerged alongside jurisprudential recognized blacks and indigenous people, namely, women, the disabled and homosexuals. In this study, with the aim of deepening the subject of a minority was chosen to the woman at historical labor for recognition, the conquest of political rights, labor and the current finding that the exclusion from decision-making positions, whether private or public is notorious and the situation of black women is even more cruel and more exclusive, however, an important milestone could not fail to be mentioned in the context of women's achievements, the Maria da Penha Law, its history and some of its developments. Anyway, fragile arguments of peremp-

¹ Bacharel em Enfermagem pela Universidade Estadual de Santa Cruz e Graduanda do 8º semestre do Curso de Direito da Facemp- Faculdade de Ciências Empresariais. Email: lfenfermeira@hotmail.com

tory Constitutional sealing the unequal treatment to every human being does not proceed before the true social refreshing character that has the right of minorities and democratic purposes that are provided for in our Constitution are far from being achieved.

KEYWORDS: Right of Minorities Law Maria da Penha- Affirmative Action

1 INTRODUÇÃO

A história da humanidade foi escrita pelas relações de poder e força, os fortes considerados como maioria, não pela quantidade de indivíduos, mas pela sobreposição das ideias, valores, cultura, enfim, da sua visão de mundo. Nesse contexto, a ideia de democracia não pode se limitar ao governo da maioria ainda que na prática uma comunidade política prevaleça e, por não ser esta uma conquista consolidada, torna-se um processo que demanda constante promoção, desenvolvimento e aprendizado.

Alguns doutrinadores conceituam minorias como grupos numericamente inferiores ao resto da população de um estado e numa posição não dominante no país, que possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes, e que asseguram o desejo de preservar tais diferenças culturais, tradições, religião e língua. Acrescento ao conceito as características históricas, que assim fizeram da mulher uma categoria minoritária.

Complementa Carmem Lúcia Antunes Rocha²

Não se toma minoria no sentido quantitativo, senão no de qualificação jurídica de grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros que detém o poder. (...) Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. (...) a minoria, na prática de direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como minorias, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.

O “modelo do sexo único” dominante até a Revolução Francesa e descrito por Thomas Laqueur³ colocava a mulher inferiormente ao homem, visão invertida do sexo masculino, ontologicamente inexistentes, impotente como escravos e crianças, momento histórico em que era conveniente e politicamente necessário legitimar como natural o domínio do homem sobre a mulher.

2 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, pg. 283. Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996

3 LAQUEUR, Thomas. Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos à Freud. Relume Dumará: Rio de Janeiro, 2001.

Diante desse contexto evolutivo, político, social, cultural e econômico desigual, surgem novas demandas sociais, dentre as quais cabe destacar a ampliação do espaço público a novos atores e o respeito às diferenças. As considerações das minorias também envolvidas no processo democrático ascendem como valor a ser preservado ao lado das deliberações majoritárias, que só foi possível com a Constituição da República Brasileira de 1988, daí sua relevância histórica nesse contexto.

Destarte tais considerações, e muito além dos mecanismos sociais que tentam preservar o direito das minorias, emerge a necessidade de defender direitos fundamentais dos não hegemônicos. O fundamento, portanto, que confere guarita às minorias, ainda que contrarie parâmetros políticos majoritários, encontra-se constitucionalmente resguardado, art. 3º, inciso I e IV da CF/88.

Diante dos conflitos hodiernos, cada poder deve agir em respeito às diferenças. No âmbito da União, a democracia deve nortear as ações do Estado de Direito; no Legislativo, as regras de direito eleitoral devem permitir a participação de diversas propostas ideológicas e políticas; o Executivo deve promover programas que integrem a participação das minorias e o Judiciário, no exercício interpretativo, fomenta a resolução imparcial e adequada a realidade dos casos difíceis suscitados pelas minorias, a sua ação judicante e independente como norteadora de um Estado democrático e comprometido com os direitos fundamentais.

Em destaque, o princípio da igualdade, e nele o direito à diferença, sendo aceitável a discriminação positiva ou para garantir a liberdade de se manifestar peculiaridades culturais, ou para diminuir o déficit democrático de grupos marginalizados historicamente, fomentando as atuais e polêmicas políticas de cotas, a equidade como política de equilíbrio, a igualdade material, tratando os desiguais na medida da sua desigualdade.

Existem preceitos constitucionais amplamente aceitos pela sociedade que norteiam o sistema de valores do direito brasileiro contemporâneo. Se o exercício de interpretação do Poder Judiciário contemplar normas basilares como a cidadania (art. 1, II), repúdio ao preconceito e qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV) e a igualdade (art. 5º, caput), a atividade do intérprete de participar da construção do Direito será vista com naturalidade, vez que sua função de fazer justiça estará fundada num ambiente mínimo consensual à CF/88.

Vale salientar que a condição minoria não é inerente ao sujeito, ela será estabelecida na relação jurídica levada ao Poder Judiciário na

lide. O modo em que operam as minorias como categoria, seja no estabelecimento de sua posição relacional, seja na discriminação positiva ou na igualação factual, revela a posição contrária que é majoritária no Poder Judiciário. A partir de leis que reforçam a generalidade e o aspecto igualitário do Direito, a situação particularizada das minorias pressiona interpretações construídas com outros elementos que não “letra fria” da lei, fundamentando novas leituras normativas, de maneira a garantir espaço e proteção ao direito das minorias.

Nesta esteira, surgiram em 1965, as ações afirmativas, affirmative action, especialmente na Suprema Corte Norte Americana, atribuindo a organizações públicas e privadas a responsabilidade de favorecer as minorias socialmente inferiorizadas e juridicamente desiguadas, considerando a nova prática como forma de respeito e efetivação do direito fundamental à igualdade.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

A criação das minorias, enquanto categoria jurídica, está associada ao Direito Internacional Público. Celso D. Albuquerque Mello⁴ registra que a noção de minorias advém da Reforma, em que se rompe a unidade religiosa europeia e, com isso, a questão das minorias emerge, a primeira delas as minorias religiosas que se contrapunham a Igreja Católica que reinava em absoluto, comungando e fortalecendo as Monarquias absolutistas, surgia uma nova classe social com novos ideais religiosos. O problema surge de forma mais visível com a globalização da economia, comércio, meios de comunicação, acentuação dos conflitos internos.

Todas as ideias que surgem a partir da segunda metade do século XVIII, implicam em um novo olhar no que tange ao fenômeno da moral, liberdade, e precipuamente da dignidade humana. Não era somente a expressão do sentimento de si do indivíduo burguês diante do Estado-polícia que o rodeava. A dignidade humana, elemento constitutivo de uma coletividade, ocupando um lugar diferenciado e prioritário na sociedade.

Segundo Peces-Barba⁵, autor espanhol, o direito Fundamental, portanto, é uma invenção do mundo moderno, durante o período conhecido como trânsito à modernidade, que foi do século XIV até o século XVIII, da Idade Média para a Idade Moderna, período de trans-

4 MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 15. ed. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

5 PECES-BARBA, Gregório. Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales. Madrid: Mezquita, 1982.

formação da sociedade e formação do ideal de direitos fundamentais.

Para Marcos Garcia Leite⁶, Christian Thomasius é um pensador de suma importância na elaboração histórica dos direitos do homem como descritos e aplicados na atualidade, nasceu em Leipzig, no ano de 1655 e sendo considerado precursor do Iluminismo alemão, um reformador intelectual, iniciou uma cruzada na luta pela dignidade humana, pela separação do Direito da Moral, autores afirmam que se tivessem que definir a atitude de Thomasius com um só vocábulo teriam que usar a palavra tolerância “a tolerância dignifica ao ser humano, o faz livre e o liberta dos preconceitos”.

O Tratado de Viena, também conhecido como a Paz de Viena, assinado em junho de 1606, consagrou-se um dos primeiros documentos na defesa das minorias, no caso a religiosa, também retratada na paz de Westfália. Já as minorias étnicas aparecem em 1773 no Tratado de Varsóvia e 1815, no Congresso de Viena. O primeiro Tratado que consagrou a proteção das minorias, especificamente, foi concluído com a Polônia em 1919, fato que leva alguns autores a considerar que as minorias foram uma criação do Direito internacional Público.

Foram os interesses estatais comuns que criaram o direito das minorias em resposta as pressões sociais e a necessidade de controle destas, as evoluções sociais internacionais precisavam ocorrer. Após vinte anos de caos revolucionários era fundamental preservar a estabilidade das relações.

Os direitos das minorias foram consagrados no art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), que versa e admite a promoção de medidas especiais que garantam às minorias étnicas, religiosas e linguísticas a possibilidade de preservar as características da sua vida cultural, idioma e religião.

O surgimento da categoria minoria coloca em questão a relação entre a esfera pública e privada, considerados o Estado e o indivíduo. As particularidades de grupos, seja por questões étnicas, religiosas ou linguísticas, deveriam ser respeitadas, até o limite daquilo que o Estado determinasse como não atentatório a sua natureza homogeneizante. Comportar as diferenças em seu território sem que isso afrontasse a soberania do Estado era o desafio da consolidação da categoria. No entanto, com a releitura das funções do Estado, atribuição social e interventora, o conceito de minorias expandiu-se e abrangeu não apenas as

6 GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos Fundamentais. *Novos Estudos Jurídicos* - v. 10 - n. 2 - p.417- 450 jul/dez. 2005

ligadas a uma diferença cultural ou de identidade, mas também grupos marginalizados, com características que ganharam relevância por demandas recentes: as mulheres, negros ou afrodescendentes, portadores de necessidades especiais e os homossexuais.

Com as novas atribuições do Estado, foi que a Constituição da República de 1988 (CRFB/88), fez emergir com força jurídica peculiar os direitos fundamentais assegurados e exigíveis, respandeceram como guia de quase todos os princípios, valor supremo definidor da essência do novo sistema estabelecido. Dentre os objetivos fundamentais expressos no art. 3º da CRFB/88, estão o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, que promova o bem de todos sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação, a erradicação da pobreza e marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais. Tais conteúdos expressam comportamento ativo, interventor, garantidor, extrai-se, portanto, que a sociedade brasileira não é justa, livre, fraterna e, menos ainda, solidária.

Continua com o art. 5º do mesmo diploma legal, que enaltece o princípio da igualdade, a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, como crime inafiançável e imprescritível a prática do racismo, da insignificante igualdade estática à dinâmica e transformadora de uma realidade injusta e desigual.

Nosso direito possui legislação protetiva aos grupos sensíveis, quais sejam, idosos, crianças e adolescentes, reconhecendo a estes, ações afirmativas como a encontrada no art. 37, VII da Constituição, a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos a pessoas portadoras de deficiência. A Lei de Licitações, art. 24, XX ainda contempla a possibilidade de contratar associação de portadores de deficiência física com dispensa do certame licitatório, aos idosos, no art. 230 da CR/88, às crianças e adolescentes o art. 227 e parágrafos. Diferem, portanto das “novas” minorias assim reconhecidas por serem vítimas de preconceito por uma construção histórica que lhes fora adversa. Somam-se as minorias tradicionais, portanto outras minorias que ascendem como tais em suas demandas no Judiciário, também consideradas como grupos que demandam seu lugar no seu espaço público. Corrobora com tal entendimento o excerto abaixo colacionado integralmente do site do STJ⁷:

Uma das bases fundamentais dos direitos humanos é o princípio de que todas as pessoas

⁷ Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine. Publicado em 12/08/2012. Acesso em 01/04/2014.

nascerem livres e iguais em dignidade e direitos. Discriminação e perseguição com base em raça, etnia ou opção sexual são claras violações desse princípio. Assim, não é de estranhar a quantidade de pedidos que a Justiça brasileira tem recebido de indivíduos pertencentes às chamadas “minorias” – como os homossexuais, negros, índios, portadores do vírus HIV ou de necessidades especiais, entre outros –, que buscam no Judiciário a proteção institucional de seus interesses. Ao longo de sua história, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem firmando jurisprudência em prol dessas “minorias”, como, por exemplo, ao reconhecer a possibilidade de união estável e até mesmo de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ou ao determinar o pagamento de dano moral a uma comunidade indígena, alvo de conflitos com colonos em assentamento irregular nas terras dos índios. O STJ também, em decisão inédita, já classificou discriminação e preconceito como racismo, além de entender que é cabível a isenção de tarifa de transporte público para portador do vírus HIV. O papel do STJ na efetivação dos direitos desses segmentos da sociedade tem sido reconhecido não só no meio jurídico, mas em todos os lugares onde existam pessoas dispostas a combater a discriminação. “O STJ detém o título de Tribunal da Cidadania e, quando atua garantindo direitos de maneira contra majoritária, cumpre um de seus mais relevantes papéis”, afirma o ministro Luís Felipe Salomão.

Seguindo este fluxo, a Carta Magna deixa transparecer que em nenhum momento se tem rol taxativo das minorias constitucionalmente reconhecidas e das ações afirmativas, polêmicas e polemizadas na sociedade moderna.

O rol meramente exemplificativo mostra o novo caminho ao legislador e a legislação infraconstitucional que, seguindo o princípio da igualdade, tem a tarefa de continuar externando a intenção da Lei Maior de igualar juridicamente os desiguais. As ações afirmativas reconstróem o tecido social, a sua proposta é traduzida da realidade contemporânea. Carmem Lúcia Antunes Rocha⁸ nos conduz por linhas magistrais:

Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos... Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados.

3 CONTEXTUALIZANDO A MULHER

As desigualdades regionais, de classe e raciais que estruturam as relações sociais no país acentuam a fragilidade do sexo feminino. Exis-

⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, pg. 295. Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996

tem fatores de gênero comuns e exclusivos da condição feminina, como a discriminação e opressão que as mulheres brasileiras compartilham nos espaços públicos, no mercado de trabalho, na política e nos espaços privados, e é no lar, onde emerge a face mais violenta e enraizada do machismo cultural nacional.

As conquistas atuais, relacionadas à participação crescente da mulher no mercado de trabalho, têm sido relativizadas por três fatores: a qualidade da inserção, a quase inexistente divisão dos afazeres domésticos e a reação masculina violenta a quebra do modelo de pátrio poder nas relações conjugais.

Do conceito de “mulher pública” ou “esgotos seminais” como eram conhecidas as prostitutas, até os dias atuais perfaz-se uma longa história de conflitos, dificuldades, humilhações, exclusão e luta.

Ser mulher até o final dos anos 1960 significava ser mãe, esposa, dona do lar, sonhar com um “bom partido” ou ser livre e condenada moralmente. Esta identidade feminina no século XIX foi consubstanciada pela medicina, para quem o útero respondia pela essência da mulher.

Nas civilizações consideradas mais evoluídas, como a de Roma e a da Grécia, onde nasceu a democracia, as mulheres estavam excluídas, na Pólis grega, mulheres e escravos não participavam das atividades, assembleias e, por conseguinte, não eram consideradas cidadãs. Somente os homens tinham a possibilidade de votar e ser considerados cidadãos. Em Roma, berço da civilização ocidental, as mulheres, estavam incluídas no patrimônio dos romanos. Respeitando-se as diferenças, o mesmo sucede com as “minorias” e outros milhões de excluídos na contemporaneidade.

Na Idade Média, aquelas que ousaram se rebelar contra sua situação de exclusão foram queimadas nas fogueiras. E quando se estuda a Inquisição, observa-se que, para cada dez pessoas que eram mortas nas fogueiras, nove eram mulheres.

No final do século XIX, início da industrialização, as mulheres pobres foram “recrutadas” para exercerem atividades menos valorizadas e de baixos salários se comparados aos dos homens. Este retrato fundamenta a história do trabalho até os nossos dias, quando a precarização da força de trabalho feminina foi necessária para a mulher ingressar no mercado.

A Revolução Industrial começou pela indústria têxtil e quem mais fazia o trabalho de tecer eram as mulheres, sendo por isto, usadas nas fábricas e exploradas, muitas, ainda crianças. Desse encontro, nas-

ceu o reconhecimento da capacidade de se comunicar; a sair um pouco daquele espaço privado, onde se mantinham invisíveis, socialmente inexistentes, privadas da luz e a parte de todas as decisões.

Nesse devenir, percebe-se que o interesse em buscar evidências da distinção de sexos, anatômicas e fisiológicas palpáveis entre homem e mulher, só aconteceu quando essas diferenças tornaram-se politicamente necessárias e importantes, seguindo o entendimento de que o sexo é situacional, explicável apenas dentro do contexto da luta sobre o gênero e poder.

Até o século XX, as mulheres viviam dentro das suas casas sem terem acesso à educação, à comunicação, os conceitos da humanidade foram concebidos somente pelo olhar masculino. A cultura, os conceitos religiosos, biológicos, filosóficos, históricos, enfim, todos tinham somente o olhar masculino. Esses conceitos embasavam toda essa postura patriarcal excludente, vivia-se a penumbra do machismo cultural.

O século XX, marca a invasão das mulheres nas esferas públicas com a força produtiva e o aprimoramento das articulações, começaram a questionar, sobre exclusão na área de cidadania e de poder de decisão, o rádio, criado neste século se tornou veículo disseminador das novas ideias.

A primeira grande luta encabeçada pelas feministas, denominadas sufragistas, se deu na busca do reconhecimento da cidadania através do direito ao voto, só conseguido em 1932. Em 1928, o governador do Rio Grande do Norte incluiu na sua legislação eleitoral o voto das mulheres, mas o Senado Federal anulou todos eles, a Nova Zelândia foi o primeiro país a conceder o direito ao sufrágio feminino em 1893, final do século XIX.

Em 1932 foi eleita também a primeira deputada mulher pelo Rio de Janeiro, Carlota. Não se questionava a priori o posicionamento da mulher, a luta se restringiu ao voto e direito a educação. Foi na década de 80 que conseguiram lutar pela participação das mulheres nas esferas de decisão.

No Brasil, até 1962, as mulheres casadas eram consideradas relativamente incapazes, não tinham capacidade de decidir sobre negócios. Precisavam da autorização marital para fazer qualquer coisa e ficavam a mercê da possibilidade de rescisão contratual quando o marido achasse que não era do interesse da família a mulher continuar trabalhando.

A partir da década de 1970, uma avalanche de mulheres ingressou no mercado de trabalho, prover a acelerada modernização socioeconômi-

ca. Em consequência da Revolução Industrial emergiu nesse período o feminismo que passou a pressionar incisivamente pela redefinição do lugar da mulher na sociedade.

Na década de 60, começou, em âmbito mundial, um grande questionamento das mulheres, passando a chamar-se movimento feminista em virtude da questão de poder e sexualidade envolvidas. As mulheres começaram a refletir sobre as questões ligadas ao poder e também o direito que elas tinham de decidir sobre seu próprio corpo a respeito da natalidade e da não admissão da existência de dois sexos. A própria ONU na década de 70 achou que deveria fazer o primeiro encontro internacional para tratar sobre a questão da mulher, declarando 1975 o Ano Internacional da Mulher. Foi em 1975, no México, o primeiro encontro internacional patrocinado pela ONU. E as mulheres de idades, de raças e profissões diferentes puderam, pela primeira vez, encontrar-se e discutir o que queriam.

A década de 70 foi muito importante. Na época, atravessava-se grande movimentação a contra a ditadura e as mulheres se engajaram nessa luta política. Foi esse engajamento na luta política que somou forças e deu nova conotação política para as mulheres, proporcionando, na década de 80, avanços efetivos, a exemplo da criação do Conselho Nacional de Direitos da Mulher em 1985 que viabilizou canal de interlocução em busca da igualdade entre os movimentos feministas e o governo. Com isto, as mulheres adquiriram a possibilidade de manifestarem-se em relação às políticas públicas direcionada para elas.

No início do século XXI, há que se reconhecer a importante contribuição do movimento feminista na redefinição do conceito, papel e acesso das mulheres à cidadania. Iniciou um fenômeno de feminização da cultura, dos negócios, da política, da conquista e do direito à vida e as perspectivas que brotadas são ainda mais promissoras.

Quanto à Constituição de 1988, houve uma grande mobilização das mulheres para que, pela primeira vez, pudesse realmente influenciar na criação de uma lei, visto que o Código Civil Brasileiro e o Código Penal Brasileiro foram concebidos somente sob a ótica masculina, exemplo claro é a tipificação do estupro como um crime contra os costumes e não contra a pessoa humana. O Código Penal, escrito no início do século, dava mais relevância ao patrimônio moral da família, subjugando portanto a violência e o sofrimento por que passava uma mulher ao ser estuprada.

O Código Civil trilhou o mesmo caminho, todo concebido sob a

ótica de uma família baseada no patrimônio. Evidente o descompasso entre a legislação civil e penal com a Constituição de 1988, o que aponta para necessidade de reformas urgentes nos anacrônicos códigos brasileiros. Os avanços Constitucionais de 1988, precisam ser respeitados, marcando a história por ter sido a primeira lei que considerou de fato a igualdade entre homens e mulheres, até tirando a hierarquia familiar e colocando a família numa relação baseada no afeto, com obrigações mútuas de amparo.

O campo do Direito, é um dos instrumentos de dominação pondo a disposição dos que o manuseiam as armas que dão forças às relações de soberania e de dominação, isto posto, é um campo dos saber que institui legitimidades e cria procedimentos de submissão.

Segundo dados da pesquisa mensal de emprego divulgada em 08 de março de 2010 pelo IBGE⁹, as mulheres são maioria na população de 10 anos ou mais de idade, na população economicamente ativa e na população de 50 anos ou mais de idade 30,2%, contra 26,1% dos homens, em contraponto são minoria quanto ao estado de ocupação e com relação à taxa de ocupação na população acima de 50 anos os dados são ainda mais frustrantes provando que à medida que a mulher vai envelhecendo vai sendo descartada pelo mercado de trabalho (19,7%) em proporção inferior aos homens (21,5%). Na esteira das minorias, as mulheres, apesar de serem mais de 50% da população, sendo 49,8% dos eleitores sem distinção de cor, idade, etnia, credo, a maioria delas permanecem excluídas das esferas de poder e de decisão.

Tal comportamento vem desde os primórdios da civilização. Apesar de toda essa caminhada a participação, no Congresso Nacional, ainda é ínfima e a exclusão dos cargos de decisão, seja privado ou público são clarividentes bem como as diferenças salariais existentes, neste crítico cenário, a situação da mulher negra é ainda mais cruel e excludente.

Ainda utilizando a pesquisa do IBGE divulgada em 08 de março de 2010, no que tange o perfil educacional, as mulheres eram maioria, 61,2%, na população com 11 anos ou mais de estudo, cursando pelo menos até o ensino médio, ao lado dos 53,2% de homens que conseguiam estudar por mais de uma década. A desproporção segue quando se trata de conclusão do ensino superior completo, 19,6% das mulheres concluíram o ensino superior contra 14,2% de homens, constatação que torna

⁹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Mensal de Emprego-PME. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme>. Acesso em 08/04/2014.

ainda mais notória a diferença de sexos, a mulher, ainda que estude e se aperfeiçoe, não consegue alcançar a igualdade de tratamento.

O *apartheid salarial*, de exercício nos cargos de primeiro escalão, chefia e poder decisório, perpetua-se até os dias atuais. A participação da mulher nos grupamentos de atividade concentra-se na Administração Pública, nos cargos de segundo escalão e serviços domésticos. Longínquo está o acesso igualitário a diversas atividades laborais.

A diferença na remuneração do mesmo trabalho é talvez a maior injustiça perpetrada às mulheres ao longo da história. Em 2003, recebiam 70,8% do rendimento masculino, em 2009 recebiam 72,3%, continuando-se nessa lenta evolução, precisaremos de muitas décadas para começar a sonhar com remunerações igualitárias. A disparidade salarial parece longe de acabar, nesta seara a desproporcionalidade salarial entre homens e mulheres que concluíram um curso superior, pasmem, foi ainda maior.

No Poder Judiciário, a desproporção continua e segue preponderante a mercê da importância da mulher e das juízas brasileiras. É bom frisar que, até a década 70, as mulheres não podiam realizar concursos para juiz nem faziam parte dos Conselhos de Ordem, por serem, segundo ótica equivocada, movidas pela emoção, desprovidas de discernimento racional e por não terem capacidade de julgar. Após tantas considerações desmerece qualquer possibilidade de desgaste explicativo quanto aos argumentos que ensejavam tais impossibilidades de acesso ao Judiciário. A realidade, sem dúvidas, vem se encarregando de comprovar a competência feminina no exercício desses cargos.

A visão equivocada de incapacidade e fragilidade vem sendo suplantada. Mudanças culturais e mentais são difíceis, no entanto o labor histórico tem mostrado que vale a pena continuar resistindo e lutando, questionando esse ultrapassado regime de verdade carente de valor nutricional.

3.1 A LEI MARIA DA PENHA

Em 07 de agosto de 2006, foi aprovada a Lei 11.340/06 e sancionada pelo então presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, conhecida com Lei Maria da Penha. Ganhou este nome em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, que por vinte anos lutou para ver seu agressor preso. Esta Lei instituiu uma proteção penal diferenciada para mulheres submetidas aos mais diversos tipos de violências domésticas.

Maria da Penha Maia Fernandes, sofreu duas tentativas de assassinato, foi casada com o professor universitário Marco Antonio Herredia Viveros (colombiano), pai de suas três filhas. A primeira tentativa, após inúmeras e repetidas agressões, aconteceu em 1983, quando levou um tiro nas costas enquanto dormia. Viveros foi encontrado na cozinha, gritando por socorro, alegando que tinham sido atacados por assaltantes, Maria da Penha ficou paraplégica. A segunda tentativa de homicídio aconteceu 4 (quatro) meses depois, quando Viveros empurrou Maria da Penha da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la no chuveiro.

As investigações começaram em junho do mesmo ano (1983), no entanto, a denúncia só foi apresentada ao Ministério Público Estadual em setembro do ano seguinte (1984) e a primeira condenação só aconteceu 8 anos após os crimes. Em 1991, os advogados de Viveros conseguiram anular o julgamento. Já em 1996, Viveros foi julgado culpado e condenado a dez anos de reclusão, mas conseguiu recorrer.

Mesmo após 15 anos de luta e pressões internacionais, a justiça brasileira ainda não havia dado decisão ao caso, nem justificativa para a demora, Maria da Penha, não desistiu, resolveu contar sua história em um livro intitulado *Sobrevivi... Posso contar*, no qual relata todas as agressões sofridas por ela e pelas filhas. Através deste, conseguiu contato com o CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e o CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), que juntos encaminharam, em 1998, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) uma petição contra o Estado brasileiro, relativa ao paradigmático caso de impunidade em relação à violência doméstica por ela sofrido (caso Maria da Penha nº 12.051).

Em 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, acatou pela primeira vez uma denúncia com tal conteúdo e em seu Informe nº 54, responsabilizou o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres.

No mês de outubro de 2002, faltando apenas seis meses para a prescrição do crime, Marco Viveros foi preso. Cumpriu apenas 1/3 da pena a que fora condenado, apenas dois anos de prisão, prova de que o Estado brasileiro comunga ineficácia legislativa e morosidade judicial.

Deste processo, a OEA recomendou a adoção de várias medidas, entre as quais estão o processo de simplificação dos procedimentos judiciais penais com o fito de redução do lapso temporal para alcance do ideal de justiça esperado pela sociedade e recomendou a criação de

uma legislação especial, adequada a esse tipo de violência, para prevenir, reduzir e também prestar assistência às vítimas.

Em 22 de setembro de 2006, a Lei 11.340/06, finalmente entrou em vigor, fazendo com que a violência contra a mulher deixasse de ser tratada como um crime de menos potencial ofensivo, pondo fim as benvolentes penas pagas em cestas básicas ou multas. Aumentou também o seu alcance, englobando, além da violência física e sexual, também a violência psicológica, a violência patrimonial e o assédio moral.

Muito embora a legislação especial voltada para a minoria em questão diminua a problemática da interpretação, a Lei Maria da Penha trouxe consigo polêmicas que percorreram desde a declaração da sua constitucionalidade através da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 19), julgada em 9 de fevereiro de 2012, que leva em conta o aspecto material do princípio da igualdade e a situação fáctica desfavorável que a mulher tem sofrido ao longo da história até o desvirtuamento do público alvo a que se destina a mesma, *in verbis*:

STF - AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE ADC 19 DF Data de publicação: 28/04/2014

Ementa: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coibam a violência no âmbito das relações familiares.

Maria da Penha revelou não gostar muito de ver a lei ser usada a favor de homens, sejam em relações homossexuais ou heterossexuais, são suas as seguintes palavras: “Sempre foi dado ao homem o direito de ser superior a mulher. Essa lei veio para equiparar os direitos”¹⁰. Consubstancia tal entendimento e defesa o excerto abaixo colacionado:

J-RS - Recurso em Sentido Estrito RSE 70057112575 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 27/08/2014

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

10 ADERALDO, Daniel. Lei foi feita para defender mulher, não homem, diz Maria da Penha. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br>. Acesso em 08/04/2015

TICA. VÍTIMA HOMEM. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. O homem não pode ser sujeito passivo de violência doméstica no âmbito da Lei nº 11.340/2006 (entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça). Além disso, no caso concreto, não está evidenciada a vulnerabilidade da vítima. Impossibilidade de prevalência da competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal. Evidente que, quando uma nova lei ingressa no ordenamento jurídico, ela irradia os seus efeitos para além das situações previstas no novo diploma legal. A partir desta percepção, tem-se que alguns “princípios” introduzidos pela Lei Maria da Penha podem ser aplicados a situações outras, visando à proteção dos indivíduos em relações em que se verifique, por exemplo, vulnerabilidade, de modo a justificar, eventualmente, medidas de proteção. Não é possível, reitera-se, adotar regimes de competência, mas apenas aplicar os princípios de proteção. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70057112575, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 07/08/2014)

4 CONCLUSÃO

Não se pode olvidar a importância do Direito Internacional Público na efetivação do Direito das Minorias e a contribuição, que este estudo faz em uma breve, porém instigadora e contundente, análise histórica, política e social como facilitador do estudo deste direito tão discutido e contradito nos dias hodiernos.

Para se posicionar na construção de um Estado que tolere as diferenças e garanta dentro de uma ordem constitucional os direitos fundamentais, é preciso entender e perscrutar no contexto histórico. O limite para o Direito das Minorias encontra-se na própria ordem social e constitucional pré-instituída, é comportar as diferenças sem afrontar a soberania do Estado.

Os argumentos históricos ajudam a compreender o princípio da igualdade em um espectro ampliado, sem produzir novas discriminações em desfavor das majorias, sem transformar-se em instrumento de vingança, que persiga a justiça reparatória, contemporânea e interpretativa,

O déficit democrático vivenciado no Brasil consubstancia o atual posicionamento do Judiciário que busca erigir-se no fundamento axiológico que origina as ações afirmativas como concebidas hoje. José Afonso da Silva¹¹ contextualiza este momento da seguinte forma:

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.

Estamos diante de uma justiça compensatória, conhecida como medidas discriminatórias positivas. As ações afirmativas voltadas para as minorias são espécies, do gênero políticas públicas.

Destarte, tantas considerações, os fins democráticos a que se propõe a nossa Constituição de 88 encontram-se longe de serem alcançados, a garantia da igualdade material, almejada pelas minorias, não prevista na legislação em abstrato precisará sempre do reforço argumentativo e interpretativo do Judiciário e os direitos fundamentais continuarão sendo o fundamento na luta pela tolerância e aceitação.

Não obstante, algumas considerações merecem ser feitas no que tange os limites ao que institui o direito das minorias, as decisões devem sempre se pautar nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a diferenciação razoável deve pautar-se numa motivação objetiva, racional e suficiente e proporcional, na medida que reajusta verdadeiramente situações desiguais. Uma ingerência no uso de tais princípios desvia o conceito de justiça social e ainda põe em detrimento a justiça de mérito.

As soluções devem ter caráter temporário e intuito primordial de corrigir e compensar distorções históricas ou atuais por motivos escusos, devem ser ancoradas em normas emanadas dos órgãos legislativos, pautadas no recorte social e não no recorte racial e as distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.”

Aliado a isso, a legislação infraconstitucional deve respeitar três critérios, assim defende Joaquim Barbosa¹², obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais, qual seja a CRFB/88; estabelecimento claro das situações e sujeito a quem se destina a diferenciação e eficiência na correlação entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida.

Embora o Brasil careça de maior conhecimento das modalidades e das técnicas de como dar eficácia ao direito das minorias, utilizando-se precipuamente do sistema de cotas, o reconhecimento da necessidade de políticas públicas voltadas para as minorias, já fornecem o substrato para o amadurecimento do Estado e consciência da utilização do seu poder fiscal, como elemento de dissuasão e emulação de comportamentos.

Quanto às questões de gênero, as Leis 9.100/95 e 9504/97 declararam o reconhecimento da fragilidade feminina, quando estabelecem cotas mínimas para candidaturas de mulheres, tornando evidente a necessi-

12 GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto ação afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Informação Legislativa, pg. 129 e ss. Brasília a. 38 n. 151 jul./set. 2001

dade premente de fomento em ações afirmativas concretas que busquem a isonomia entre os sexos.

Destarte tantas considerações, Carmen Lúcia¹³ ainda nos engrandece com a conclusiva reflexão:

Do salário à Internet, o mundo ocidental continua sendo o espaço do homem médio branco. Das prisões às favelas, o mundo ocidental continua marginalizando os que são fisicamente desiguais do modelo letrado e chamado civilizado e civilizatório pelos que assim o criaram. Sem oportunidades sociais, econômicas e políticas iguais, a competição – pedra de toque da sociedade industrial capitalista – e, principalmente, a convivência são sempre realizadas em bases e com resultados desiguais.

Ensina-nos Joaquim Barbosa¹⁴, que “quanto mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais que impedem seu combate, mais amplo se mostra a clivagem entre o discriminado e o discriminador”, essa é uma verdade que não pode convalidar-se no tempo.

Assim, as conquistas sociais das minorias mantêm a sua instabilidade e necessidade de fomento, continuidade na firmeza e intensidade da pressão dos grupos envolvidos em prol da potencialização das políticas reivindicadas. Os desencontros nas relações sociais permanecerão e poderão por vezes se acentuar, é preciso vigilância com o fito de evitar retrocessos e mudanças de discursos com a mesma essência de subalternidade e dominação justificadas nas relações de poder.

5 REFERÊNCIAS

ADERALDO, Daniel. **Lei foi feita para defender mulher, não homem, diz Maria da Penha**. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br>. Acesso em 08/04/2015

ASSIS, Olney Queiroz; KUMPEL, Vitor Frederico. **Manual de Antropologia Jurídica**. 1ª ed.; 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 10520**: informações e documentação: apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

Coordenadoria de Editoria e Imprensa do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine. Publicado em 12/08/2012. Acesso em 01/04/2014.

13 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, pg. 284. Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996

14 GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto ação afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Informação Legislativa, pg. 129 e ss. Brasília a. 38 n. 151 jul./set. 2001

DUARTE, Allan Coelho. **A constitucionalidade das políticas de ações afirmativas**. Brasília: Núcleo de estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Abril/2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 17 de abril de 2015.

GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos Fundamentais**. Novos Estudos Jurídicos - v. 10 - n. 2 - p.417- 450 jul./dez. 2005

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A recepção do instituto ação afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, pg. 129 e ss. Brasília a. 38 n. 151 jul./set. 2001

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Mensal de Emprego-PME**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme>. Acesso em 08/04/2014.

LAQUEUR, Thomas. **Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos à Freud**. Relume Dumará: Rio de Janeiro, 2001.

MAIA, Mônica Bara (Org). **Direito de decidir: Múltiplos olhares sobre o ABORTO**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; MITUZANI, Larissa. **Direito das Minorias Interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro**. Sequência, n. 63, p. 319-352, dez 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Normas da ABNT: Citações e Referências Bibliográficas. Disponível em: <http://www.leffa.pro.br/textos/abnt.htm#5.9.1>. Acesso em 08/04/2015.

PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

RABELO, Laudemira Silva. **Estrutura e regras para elaboração de artigos científicos**. Disponível em www.letras.ufmg.br. Acesso em 08/04/2015

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa, pg. 283. Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996

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

Supremo Tribunal Federal - **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE ADC 19 DF (STF)**. Rel. Min. Marco Aurélio

Superior Tribunal de Justiça. **STJ firma jurisprudência em defesa das minorias**. Coordenadoria de editoria e imprensa. Publicado em agosto de 2012. Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine. Acesso: 09/04/2015

Tribunal de Justiça de Minas gerais **Conflito negativo de jurisdição** 1.0000.07.465785-9/000(1) Des. Fernando Starling. Publicado no DJ em 10/06/2008

_____. **Recurso em Sentido Estrito RSE 70057112575 RS (TJ-RS)** Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Publicado em 27/08/2014

VENTURI, Gustavo; RECAMÁN, Marisol; OLIVEIRA, Suely de (Orgs.). **A mulher brasileira nos espaços público e privado**. 1ª ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

Federalização dos direitos humanos no Brasil

Fabiane Santos de Carvalho¹

Luciano Santos de Almeida²

Matheus Carvalho de Oliveira³

RESUMO: No presente estudo, é discutida a constitucionalidade do Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) e suas características, no qual foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Emenda Constitucional nº. 45/04, reforma do Judiciário, que implantou a “Federalização dos crimes contra os Direitos Humanos”. Assim sendo, foi defendida a tese da plena harmonia da “Federalização” com a *Lex Mater* e, conseqüentemente, com todo o ordenamento jurídico, elegendo-se o IDC como instrumento importante e idôneo de proteção aos Direitos Humanos no Brasil. Dessa forma, percebeu-se que os direitos humanos sempre tiveram proeminência nos textos constitucionais brasileiros e na Carta Republicana de 1988, aumentou-se a preocupação no que toca a sua efetivação bem como preservação. Destarte, foi debatida a amplitude da expressão “Direitos Humanos” do § 5º, inciso V-A, do art. 109 da Constituição, no qual é aceitável entender que tal expressão abrange tanto os direitos humanos positivados internacionalmente, quanto os direitos fundamentais propriamente ditos, garantidos expressamente na nossa Carta Política. Por fim, vale destacar que a federalização dos crimes contra os direitos humanos deve ser analisada sob o prisma “Constitucional moderno”, no qual se verifica um processo de internacionalização do Direito Constitucional e dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Proteção aos direitos humanos. Incidente de deslocamento de Competência.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo é norteado pelo paradigma da preponderância dos direitos humanos intrínseco a *Lex Fundamental* de 1988, sendo assim, é uma reflexão atual e muito relevante, constituindo assim, uma problemática mundial e contemporânea, pois, reflete a proteção desses direitos. Nesse raciocínio, faz-se necessário trazer a baila o escólio do brilhante Bobbio (1992, p. 24) traz, com a propriedade que lhe é inata que “o problema fundamental em relação aos direitos humanos, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”.

Vale dizer que mesmo com grandes e solenes declarações de direitos humanos, eles infelizmente continuam a ser comumente violados. Esta violação traz enormes conseqüências para a sociedade, ocasionando em enfermidades sociais irreversíveis. Diante disto, Bonavides (2001,

1 Graduada do 4º semestre de Direito da Faculdade de Ciências Empresariais (Facemp). Endereço: Rua Teodoro Dias Barreto, Andaiá, Santo Antônio de Jesus, Bahia, CEP: 44500-000. Email: fabiscarvalho@hotmail.com. Tel.: 75 88072938/82732116.

2 Graduando do 8º semestre de Direito da Facemp. Endereço: Rua Teodoro Dias Barreto, Andaiá, Santo Antônio de Jesus, Bahia, CEP: 44500-000. Email: lusantos2009@hotmail.com. Tel: 75 81062226

3 Graduando do 8º semestre de Direito da Facemp. Endereço: Rua do Barracamento, 05, Castro Alves, Bahia, CEP: 44500-000. Email: matheuscarvalho25@gmail.com, Tel: 75 81523321.

p. 528) “uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada”.

Nesse sentido, o Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (reforma do Judiciário), tem grande valor como meio apto a mitigar, ao menos em nosso país, tal estado de patologia. Assim sendo, se qualquer Estado Democrático de Direito implica o respeito dos direitos humanos e exige a profícua resposta do Estado quando de sua violação, a proposta de federalização alude, principalmente na esperança de que a justiça será feita e os direitos humanos respeitados (PIOVESAN, 2005b).

Ad argumentandum tantum, constata-se, de igual forma, no plano do direito interno, que a “proposta da federalização encontra-se em plena harmonia com o sistema constitucional” (PIOVESAN, 2005a, p. 81). Deste modo, a Carta Política de 1988 tem um grande teor ético, resguardando lugar de proeminência e conferindo enorme valor aos direitos humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), essência dos direitos humanos, situa-se alocado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é regida em suas relações internacionais pelos princípios da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), do repúdio ao terrorismo, ao racismo (art. 4º, VIII) e pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, dentre outros (art. 4º, IX). Igualmente, a *Lex Mater* elenca no art. 5º um vasto rol de direitos e garantias fundamentais exemplificativos (*numerus apertus*) qual “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais” (art. 5º, § 2º, CF/88) dos quais o Brasil seja parte.

É relevante destacar, ainda, a colocação dos direitos e garantias fundamentais - que são o “núcleo central dos Direitos Humanos” (NOGUEIRA, 2003, p. 249) - como cláusula pétrea material no art. 60, § 4º, IV da CF/88, e a excepcional medida de intervenção Federal nos Estados-Membros a fim de assegurar a observância dos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, b, CF/88).

Desta maneira, esta pesquisa trata de um estudo bibliográfico exploratório e descritivo que investiga, através da revisão de literatura, a federalização dos Direitos Humanos no Brasil. Diante da relevância da temática, desenvolveu-se como objetivo geral investigar a Federalização dos crimes contra os Direitos Humanos, enfatizando o Incidente de Deslocamento de Competência.

Como objetivos específicos: Analisar a amplitude da expressão Direitos Humanos de acordo com o § 5º, Inciso V-A, do artigo 109, da Carta da República e observar criticamente a constitucionalidade do IDC.

Nessa toada, o brilhante doutrinador Pedro Lenza (2005, p. 497-498) revela que a previsão estabelecida no art. 109, V-A c/c o § 5º do mesmo dispositivo da Constituição da República foi “muito bem vinda e acertada” no sentido de adequar “o funcionamento do Judiciário brasileiro ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos”.

Assim sendo, para esse federalismo cooperativo, a coordenação de ações é tão importante quanto à unificação de certos interesses. Desse modo, certas questões de grande valor nacional ou supranacional, como é o caso da preservação da dignidade da pessoa humana e dos seus valores fundamentais, apresentam caráter racional, e dessa maneira conferem e estendem sua observância as pessoas de direito público abrangidas de maneira consorciada.

Desse modo, esta pesquisa possibilita enxergar a constitucionalidade do IDC, bem como induz a uma reflexão sobre as nuances que envolvem os direitos fundamentais e humanos e as concepções sobre a temática por teóricos e juristas. Desta maneira, este estudo irá realizar uma análise sobre os aspectos relevantes que envolvem a federalização dos direitos humanos no Brasil, tendo como apoio a jurisprudência dos tribunais superiores que já se debruçaram sobre a matéria.

2 FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS: O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA (IDC)

Os direitos humanos sempre estiveram em lugar de destaque nos textos constitucionais do Brasil e na Carta Política de 1988, o constituinte não fez diferente, deu formidável ostentação aos direitos do homem já devidamente consagrados internacionalmente.

Sobre a vigente Constituição Federal e seus avanços, diz a doutrina, *verbis*:

A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderantemente positiva digna de referência. Apenas para exemplificar, o art. 5º possui 78 incisos, sendo que o art. 7º consagra, em seus 34 incisos, um amplo rol de direitos sociais dos trabalhadores. [...] Neste contexto, cumpre salientar que o catálogo dos direitos fundamentais (Título II da CF) contempla direitos fundamentais das diversas dimensões, demonstrando, além disso, estar em sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem assim com os principais pactos internacionais sobre Direitos

Humanos, o que também deflui do conteúdo das disposições integrantes do Título I (dos Princípios Fundamentais). (SARLET, 2005, p. 77).

Deste modo, entre os princípios fundamentais estão à dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, inciso III), e a prevalência dos direitos humanos, que conduz as relações internacionais do Brasil (art. 4.º, inciso II). Há ainda previsão, de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, submetidos a regime de votação especial em cada Casa do Congresso Nacional, serão equivalentes às emendas constitucionais (§ 3.º do art. 5.º, incluído pela EC n.º 45/2004).

Nessa toada, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, quando aprovados pelo Congresso Nacional fora da conjectura do § 3.º do art. 5.º da CF/88, são incorporados em nosso ordenamento jurídico pátrio como norma supralegal, na linha do contemporâneo entendimento do Pretório Excelso (*Vide* histórico voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP). Importante ressaltar, que existe expressa recomendação do constituinte de que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos (art. 7.º). Assim, a União pode se valer da intervenção nos Estados e no Distrito Federal para garantir a observância de princípios constitucionais sensíveis. Tais princípios.

Entende-se como sensível tudo aquilo que é captado pela intuição, podendo causar a quem observa sensações externas. Logo, segundo Bulos (2007) o princípio constitucional sensível é o que pode ser facilmente percebido pelos órgãos sensoriais, de modo claro, evidente, translúcido, visível, manifesto, óbvio, e dentre eles, os direitos da pessoa humana (art. 34, inciso VII, alínea b). Nessa conjuntura, o Constituinte Derivado, se preocupou em criar mais um mecanismo capaz de garantir a proeminência dos direitos humanos, sobretudo prevendo uma forma mais branda de intervenção da União na esfera estadual, desde que atendidos exatos pressupostos.

O IDC, de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República, garante à União uma intervenção que se reveste excepcional na esfera de atuação local e se procede de uma forma mais branda que a intervenção prevista no art. 34 da CF/88, visando ingressar supletivamente em casos que, eventualmente, pudessem acarretar consequências nocivas para o Brasil no plano internacional, quando da verificação de eventual desrespeito a compromisso assumido nessa seara. Para o cons-

titucionalista Alexandre de Moraes (2008, p. 585-586):

A EC nº 45/04 ampliou a competência penal da Justiça Federal, no tocante à proteção dos Direitos Fundamentais, prevendo, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, a possibilidade do Procurador Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento decorrente de tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja parte, suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Assim, para Castro (2013), a adoção do IDC pelo nosso ordenamento reforça a idéia estatal em proteger os direitos humanos, tenta reduzir a impunidade e reforça as instituições nacionais, fomentando as políticas de combate às injustiças.

Também, o autor supracitado diz que muitos crimes famosos podem exemplificar a injustiça e a luta pela restauração da dignidade humana como “as chacinas e crimes em: Eldorado dos Carajás (1996), em Vigário Geral (1993), na Candelária (1993), no Carandiru (1992) e ainda, o assassinato do ambientalista e seringueiro Chico Mendes (1988)” (p. 1).

Pode-se dizer que a Emenda Constitucional n. 45 aborda quatro grandes grupos de temas, quais sejam: a) a democratização do Poder Judiciário; b) a criação de mecanismos que concedam celeridade à prestação jurisdicional; c) o fortalecimento das carreiras jurídicas; e d) a solidificação da proteção aos direitos fundamentais (CASTRO, 2013, p. 1). (grifo nosso)

Desse modo, versa-se como é sabido, de instituto novel no ordenamento jurídico pátrio, introduzido pela EC n.º 45/2004, que acrescentou o § 5.º ao art. 109 da CF/88, *in verbis*:

§ 5.º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Na espécie, se faz imperioso dizer que não existe legislação ordinária regendo a norma constitucional, o que, no entanto, segundo mandamento constitucional não afasta sua imediata aplicabilidade, a teor do que dispõe o § 1.º do art. 5.º da *Lex Mater*, *verbis*: “§ 1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Deste modo, cabe ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) a tarefa de balizar suas nuanças até que o legislador ordinário o faça.

No entanto, para que o procedimento do IDC seja acolhido, alguns requisitos devem estar presentes, a saber: (i) grave violação de direitos humanos; (ii) Possibilidade de a República Federativa do Brasil ser responsabilizada no cenário internacional em razão do descumprimento das obrigações protetivas aos direitos humanos assumidas quando da subscrição de tratados; e por fim (iii) a incapacidade das autoridades locais em ofertar uma solução satisfatória.

Os dois primeiros estão de maneira expressa na Constituição da República. Todavia, o terceiro se apresenta como consequência lógica daqueles. Pois, só se explicaria a transferência da competência no caso de o Estado descumprir as suas obrigações institucionais.

Neste diapasão, no julgamento do IDC 01/PA (publicado no DJ de 10/10/2005) diante da insigne Terceira Seção do STJ, o Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator, seguiu o mesmo raciocínio, *in verbis*:

Além dos dois requisitos prescritos no § 5º do art. 109 da CF, quais sejam, (a) grave violação a direitos humanos e (b) assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais, é necessário, ainda, a presença de terceiro requisito, (c) a incapacidade (oriunda de inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais etc.) de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal. Tais requisitos – os três – não de ser cumulativos, o que parece ser de senso comum, pois do contrário haveria indevida, inconstitucional, abusiva invasão de competência estadual por parte da União Federal, ferindo o Estado de Direito e a própria federação, o que certamente ninguém deseja, sabendo-se, outrossim, que o fortalecimento das instituições públicas – todas, em todas as esferas – deve ser a tônica, fiel àquela asserção segundo a qual, figuradamente, “nenhuma corrente é mais forte do que o seu elo mais fraco”. Para que o Brasil seja pujante, interna e externamente, é necessário que as suas unidades federadas – Estados, DF e Municípios –, internamente, sejam, proporcionalmente, também fortes e pujantes.

Dessa forma, a caracterização da grave violação de direitos humanos, a ponto de possibilitar a incidência da regra de exceção, esbarra na subjetividade do avaliador e na multiplicidade de parâmetros admissíveis de serem sopesados para a verificação do fato.

De acordo com o IDC nº 2 do STJ de 27 de outubro de 2010 na Terceira Seção que teve como Relatora a Ministra Laurita Vaz, sem embargo, fica a cargo do STJ, observada a razoabilidade e a proporcionalidade da medida, examinar o caso concreto e dar efetividade à norma fundamental, ultrapassando tais dificuldades.

Neste diapasão, a temática direitos humanos vem sendo debatida há muito tempo e em muitas ocasiões, buscando assim, aprimorar as relações sociais com a valorização do indivíduo, bem como o respeito

a estes direitos que são essenciais à condição de pessoa humana. Ainda sobre este aspecto, o IDC nº 2 do STJ de 27 de outubro de 2010 traz que esta questão é de conteúdo histórico e variado, pois, sempre esteve em constante expansão, sendo assim, é sabido que estes direitos são o fundamento para construção de uma sociedade equitativa, fraterna e solidária, que assegura ao indivíduo proteção contra ações que atentem contra seus princípios e dignidade.

Vale dizer, que na atualidade o que se vive é um processo de minimização das fronteiras entre nações, culturas, sociedades e economias, que se ajustou titular de “globalização”. Diante disto, a preocupação com a efetivação dos direitos e garantias de cada pessoa é também uma preocupação internacional que não é recente. Desta maneira, os países buscam garantir a dignidade e os direitos da pessoa humana, a fim de preservar e respeitar a livre vontade dos homens, bem como expressar esta liberdade da forma que melhor lhe convir.

Se, por um lado, é plenamente justificada e legítima, a existência de instrumentos idôneos de intervenção federal, noutro giro, há de ser utilizados com certa cautela, no qual caso contrário haverá uma grave violação na divisão de atribuições e competências entre os entes da nossa federação, no qual poderia causar mais problemas do que a solução almejada.

Isso pode ser evidenciado no voto do eminente Ministro Arnaldo Esteves Lima na ocasião do julgamento do primeiro IDC submetido à análise de mérito no STJ, *in verbis*:

4.3 - É imprescindível, todavia, verificar o real significado da expressão “grave violação de direitos humanos”, tendo em vista que todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida. Esta é uma das dificuldades.4.4 - Destarte, não é razoável admitir – sob pena, inclusive, de esvaziar a competência da Justiça Estadual e inviabilizar o funcionamento da Justiça Federal – que todos os processos judiciais que impliquem grave violação a um desses direitos possam ensejar o deslocamento da competência para o processamento e julgamento do feito para o Judiciário Federal, banalizando esse novo instituto, que foi criado com a finalidade de disponibilizar instrumento capaz de conferir eficiente resposta estatal às violações aos direitos humanos, evitando que o Brasil venha a ser responsabilizado por não cumprir os tratados internacionais, por ele firmados, que versem sobre esses direitos internacionalmente protegidos.
[...] 6.1 - Vetores basilares para se saber, concretamente, qual a regra ou garantia constitucional deva prevalecer resulta, assim, da observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade .

A exegese da norma constitucional deve estrita observância, por-

tanto, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cujos conteúdos são bastante amplos, cabendo ao intérprete sua fiel aplicação observadas às peculiaridades da hipótese sob análise. Os textos constitucionais recentes tem o propósito de fazer prevalecer os princípios sobre as regras, para isso, é necessário ponderar os valores de acordo com a análise do caso concreto.

No voto do Ministro Arnaldo Esteves Lima, foi possível entender que a responsabilização no plano internacional derivada do descumprimento de obrigações assumidas em tratados internacionais faz com que a República Federativa do Brasil tenha uma efetiva responsabilidade pelo “fiel cumprimento de tais obrigações, submetendo-se tanto ao sistema global quanto ao sistema interamericano de direitos humanos, sobretudo diante do reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. (STJ - IDC n° 01).

Posteriormente, é necessário verificar a falta de capacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas, pois, a luta contra violações aos direitos humanos no Brasil é uma tarefa árdua e encontra muitos obstáculos históricos, a exemplo da escassez de recursos. Assim, a possibilidade excepcional de se levar qualquer procedimento investigatório ou uma ação em andamento para o Poder Judiciário Federal não exprime a ideia da existência de uma hierarquia entre a justiça federal e a justiça estadual, nem tampouco menospreza a ação combatente da Justiça e do Ministério Público estadual ou dos órgãos executivos locais. É preciso enfatizar que a correção e a boa-fé da ação dos agentes estaduais são, a princípio, presumidas.

No entanto, justamente por precariedades ou limitações estruturais, pode restar caracterizada a deficiência da atuação das autoridades locais na consecução de suas atividades institucionais ou até mesmo para averiguar e reprimir eventuais desvios de conduta dentro dos seus próprios órgãos. Diante disto, o Brasil tem vivido graves transgressões aos direitos humanos, o que não quer dizer que se pense federalizar toda e qualquer ação. Neste ponto, vale trazer a baila à lição do festejado constitucionalista José Afonso da Silva, *Ipsis litteris*:

A transferência de competência, para a Justiça Federal, para o julgamento da violação dos direitos humanos que vinha sendo reclamada há muito tempo, tendo em vista a responsabilidade do Estado brasileiro em face de organismos internacionais de defesa dos direitos humanos, foi, assim, acolhida em forma de deslocamento de competência no caso concreto. Isso atende o essencial do problema, por que também não se justificava sobrecarregar a justiça federal transferindo para ela todas as causas relativas a direitos humanos, até porque, em muitas hipóteses, não será fácil distinguir entre violação de direito comum e violação de direitos humanos (SILVA, 2007, p. 577).

Noutro giro, vale trazer a lume, matéria do dia 26 de junho de 2009 veiculada no sítio eletrônico⁴ do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a respeito do pedido da Procuradoria-Geral da República (PGR) em federalizar o caso que envolveu o assassinato do ex-vereador e advogado Manoel Bezerra de Mattos Neto, reconhecido defensor dos direitos humanos no Estado de Pernambuco, *in verbis*:

Extermínio em Pernambuco e Paraíba: chega ao STJ pedido para federalizar questão

A Procuradoria-Geral da República (PGR) pediu ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) a federalização dos processos que tratam da atuação de pistoleiros e de grupo de extermínio na divisa dos estados da Paraíba e Pernambuco. Será a segunda vez que o Tribunal analisará pedido de deslocamento de competência, possibilidade criada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (reforma do Judiciário) para hipóteses de grave violação de direitos humanos.

A impunidade na região teria causado, no ano passado, a morte do ex-vereador e advogado Manoel Bezerra de Mattos Neto, que se encontrava sem proteção policial. Morador de Itambé (PE), ele tinha forte atuação contra o crime organizado na região. O assassinato ocorreu apesar das medidas cautelares de proteção a Manoel Mattos decretadas, desde 2002, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), proteção que caberia à Polícia Federal.

[...] No caso, o Brasil já teria descumprido medidas cautelares de proteção determinadas pela Comissão, resultando na morte de Manoel Mattos. O incidente de deslocamento de competência pede a apuração e punição decorrente do homicídio de que foi vítima Manoel Mattos, retirando da Justiça estadual o processo. Busca, também, atrair para a competência da Justiça Federal a apuração, no todo, quanto aos grupos de extermínio atuantes na divisa entre os estados da Paraíba e Pernambuco.

Em outra matéria, desta vez publicada no dia 27.10.10, o sítio eletrônico do STJ noticiou a procedência do pedido formulado pela PGR pela Terceira Seção daquele egrégio Tribunal e a conseqüente federalização do “caso Manoel Mattos”, *in verbis*:

Grave violação a direitos humanos leva STJ a federalizar caso Manoel Mattos

Por maioria de votos, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acolheu o pedido da Procuradoria-Geral da República (PGR) para que o crime contra o ex-vereador Manoel Mattos seja processado pela Justiça federal. O caso fica agora sob responsabilidade da Justiça federal da Paraíba. É a primeira vez que o instituto do deslocamento é aplicado.

[...] Esta foi a segunda vez que o STJ analisou pedido de deslocamento de competência, possibilidade criada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (reforma do Judiciário), para hipóteses de grave violação de direitos humanos. O IDC nº 1 tratou do caso da missionária Dorothy Stang, assassinada no Pará, em 2005. Naquela ocasião, o pedido de deslocamento foi negado pelo STJ.

Como visto, o IDC é o instrumento jurídico de natureza constitucional que busca assegurar o cumprimento das normas protetoras dos direitos humanos, consagrados em tratados internacionais, e do mesmo

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Deslocamento de Competência n. 01/PA. www.stj.gov.br. Acesso em: 01. novembro. 2013.

modo de preservar a responsabilidade da União, como representante da República Federativa do Brasil diante da comunidade internacional.

3 DA AMPLITUDE DA EXPRESSÃO “DIREITOS HUMANOS” DO § 5º, INCISO V-A, DO ARTIGO 109, DA CARTA DA REPÚBLICA

Percebe-se que o emprego da nomenclatura “direitos humanos” ao invés de “direitos fundamentais” foi proposital pelo motivo da já prevista norma-princípio positivada no artigo 4º, inciso II, da Carta da República. O texto estabelece que, no plano das relações internacionais, a nossa República deverá prezar pela prevalência dos direitos humanos. Entende-se ainda que, estes direitos são protegidos internacionalmente, concretizados e guiados a um grau superior de garantia e segurança, conforme expressamente demonstrado no Título II da CF/88. O § 5º, inciso V-A, do artigo 109, da Carta Constitucional, prevê que, *Ipsis litteris*:

Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a justiça federal.

Corroborando, o STJ, quando do julgamento do IDC nº 1, esclareceu que:

[...] 2. Dada a amplitude e a magnitude da expressão “direitos humanos”, é verossímil que o constituinte derivado tenha optado por não definir o rol dos crimes que passariam para a competência da justiça federal, sob pena de restringir os casos de incidência do dispositivo (CF, art. 109, § 5º), afastando-o de sua finalidade precípua, que é assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria, examinando-se cada situação de fato, suas circunstâncias e peculiaridades detidamente, motivo pelo qual não há falar em norma de eficácia limitada. Ademais, não é próprio de texto constitucional tais definições.⁵

Vale destacar que a doutrina, a exemplo de Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 35-36), faz uma distinção entre direitos humanos e fundamentais, senão vejamos:

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram

⁵ STJ, Incidente de Deslocamento de Competência - IDC 1/PA, 2005/0029378-4 julgamento ocorrido em 08/06/2005.

à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Nessa senda, não paira dúvida que a Emenda Constitucional (EC) nº 45/04 inovou a *Lex Mater*, introduzindo o inciso V-A e o § 5º ao artigo 109. Nessa linha, fazendo uma análise textual da norma, constata-se sua plena eficácia constitucional, atribuindo sua observância e aplicabilidade de forma direta, imediata e integral, sem necessidade de regulamentação específica. Trata de norma veiculadora de direitos e garantias fundamentais, que tem aplicação imediata baseada no §1º do artigo 5º da própria Carta Política.

Daí decorre a falta propositada da rotulação dos direitos hábeis a invocar o Incidente de Deslocamento de Competência. A falta de discriminação demonstra sua universalidade, já que os direitos fundamentais propriamente ditos variam de acordo com a ideologia e modalidade de Estado. Como assevera o festejado professor Paulo Bonavides (2001, p. 545), “os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”.

Nesse sentido, a inovação introduzida com a Emenda Constitucional nº 45/04 abrange tanto os direitos humanos positivados no plano internacional tal como os direitos fundamentais propriamente ditos.

4 DA HIGIDEZ CONSTITUCIONAL DO IDC

Segundo o artigo 102 da CF/88, o STF é o guardião máximo da Constituição, e neste aspecto, cabe a ele elencar a última palavra a respeito da (in) constitucionalidade do IDC. No entanto, em nosso trabalho, nos posicionamos pela constitucionalidade do IDC.

Desde a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição Federal de n. 29/2000 no Congresso Nacional, ocorreram algumas desavenças acerca da inclusão ou não da federalização de crimes contra os direitos humanos em nosso país. Após a promulgação da Emenda n. 45 de 2004, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.486/DF, com pedido de medida cautelar, com o desígnio de declarar a não higidez frente à Carta Fundamental do dispositivo que criou o IDC, por compreender que este ultraja o princípio fundamental do devido processo legal, do juiz natural e da competência do júri. Nessa linha, há quem corrobore do entendimento da AMB, no sentido da inconstitucionalidade do

IDC, vejamos:

Retirando um crime de competência originária da Justiça Estadual para o âmbito da Justiça Federal, estar-se-ia procedendo a uma intervenção da União no Estado membro, alargando o rol taxativo do art. 34 da Constituição Federal, que estabelece as hipóteses em que é possível relativizar a autonomia dos Estados-membros, assegurada no art. 18 da CF. Na verdade, não há hierarquia entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, diferenciando-se estas apenas pelos âmbitos em que atuam (Cf. CORRÊA, 2005). Alterar a competência significaria, em outras palavras, afirmar que a Justiça Federal é superior à Justiça Estadual, além de mais capaz e eficiente, porquanto outra razão não haveria para proceder-se à modificação (FERREIRA, 2009, p. 257).

Destarte, é patente que o IDC não vai resolver a questão das violações aos direitos humanos no Brasil, por ser uma matéria que não se resolve somente com a feitura de leis, prontamente, não podemos acreditar também que se deve declarar a sua não higidez com o texto constitucional, eis que, o incidente em seu espírito contribui de forma significativa para uma maior proteção dos direitos humanos e por consectário na diminuição da impunidade em nosso país.

Noutro giro, basta uma interpretação sistemática da nossa Constituição Federal para entendermos pela higidez do IDC com as disposições constitucionais. A CF/88 em seu art. 34, VII, b, prevê a possibilidade de decretação de Intervenção Federal nos Estados e no Distrito Federal para garantir o respeito dos direitos da pessoa humana, necessitando de decisão do Supremo Tribunal Federal, e de representação do Procurador-Geral da República (CF/88, art. 36, III).

Existe, deste modo, certa similitude entre os institutos e este não sobreveio de emenda à Constituição. Além do mais, o art. 144, § 1º, I, da CF/88, institui que a Polícia Federal pode apurar infrações cuja prática apresente repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme. Disciplinando este inciso, foi feita a Lei n.º 10.446/2002, que dispõe o seguinte, *Ipsis litteris*:

Art. 1º Na forma do inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Cíveis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais: [...] III – relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte.

Ora, se é plenamente possível que Polícia Federal faça investigações nessa seara, seguramente poderá ser competente a Justiça Federal para julgar tais crimes. No que toca à suposta afronta ao princípio do

juiz natural, tal argumento não merece acolhida, pois preexistem juízes e órgãos do Ministério Público, além do mais, sustenta com razão, o Dr. Vladimir Aras, que, *verbis*:

As corriqueiras exceções e os conflitos entre juízos diversos são defesas processuais tradicionais, que ocorrem no curso de ações penais e cíveis. Tais instrumentos processuais jamais foram contestados ao argumento de que ofendem o princípio do juiz natural (art. 5º, LVIII, CF). Quantas são as exceções de incompetência (em razão da função, material e territorial), de suspeição e de impedimento que alteram o juízo ou afastam juízes antes acreditados como 'naturais'? Evidentemente, essas ferramentas de processo, como também o IDC, não afetam a segurança jurídica na atividade jurisdicional, pelo simples fato de alterarem o juízo tido como competente.⁶

É de grande valia destacar que federalização dos crimes contra os direitos humanos necessita ser considerada sob uma visão “constitucional moderna”, no qual se constata um processo de internacionalização do direito constitucional e dos direitos humanos. Assim sendo, de grande valor para o correto entendimento dos argumentos favoráveis à constitucionalidade do IDC, é de se louvar o pensamento de Ubiratan Cazzeta (2009, p. 93-94) leciona que, *verbis*:

O IDC não é instrumento redentor, que trará, sozinho, a solução para o problema da violação dos direitos humanos. Todavia, não é, tampouco, um mecanismo autoritário ou abusivo, como se pretendeu configurá-lo nas críticas; aliado a um ampla teia de atuações estatais, poderá, sim, vir a ser um instrumento eficaz para romper situações concretas de desrespeito aos direitos humanos.

Assim, os argumentos que pregam pela inconstitucionalidade do IDC não merecem prosperar, pois, a nova regra constitucional apenas aponta hipótese de interesse jurídico direto da União. Não se admite que a União tenha responsabilidade internacional e nada faça para afastar a impunidade das transgressões aos Direitos Humanos. Adverte-se que a previsão para a persecução contra Direitos Humanos em âmbito federal é adotada pelo Poder Constituinte Originário (art. 109, III).

Nessa toada, leciona Comparato (2004) que no sistema da CF/88 a proteção aos Direitos Humanos representa um princípio, cuja eficácia sobreleva a soberania interna. O §2º do art. 5º declara que os direitos e garantias fundamentais expressos na CF/88 não excluem outros, decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Igualmente, o art. 4º indica a “prevalência dos Direitos Humanos” como princípio a reger as relações internacionais. Tal exprime que o Brasil admite a inaplicabilidade, em matéria de Direitos Humanos,

⁶ ARAS, Vladimir. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. <www.jus.com.br>. Acesso em 01.11.13.

do princípio de não ingerência internacional em assuntos internos. Se for assim, nenhum Estado Federal pode defender-se, na esfera internacional, invocando que a violação a Direitos Humanos foi provocada por ato de governo estadual ou municipal e que não tem competência constitucional para interferir na esfera de poderes reservados àqueles níveis de governo.

Assim sendo, a federalização dos crimes contra os direitos humanos institui regra de modificação de competência interna com base na Constituição do Brasil, tendo caráter subsidiário na intenção de complementar a competência residual da justiça estadual e de não suprimi-la. Nessa senda, vale colacionar o brilhante escólio doutrinário da Ministra da Suprema Corte Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Ipsis litteris*:

Repartição de competências nas Federações é sempre questão intrincada e de difícil solução perfeita. O que se observa são tendências que buscam uma aproximação maior entre a história e a demanda de uma determinada sociedade estatal e uma possibilidade decorrente de condições específicas de cada território e de cada povo. Nem há a exaustão das competências repartidas, por mais que se busque tal modelo (até mesmo porque o Estado tem alteradas as suas funções no curso da história, o que impõe o rebalçamento da questão relativa às competências), nem há a satisfação plena de qualquer dos modelos de repartição de competências, porque as mudanças havidas no processo político determinam alterações nos espaços de ação das entidades federadas (ROCHA, 1997, p. 254).

Por tudo o quanto exposto, tem-se a esperança de que o STF declare a constitucionalidade do IDC, julgando no mérito pela improcedência da ADI 3468, devendo ainda o Pretório Excelso instituir os requisitos e pressupostos para a admissibilidade do incidente, e assim estará fortalecendo os princípios constitucionais e o “sistema federativo cooperativo” aspirado pela Carta Republicana de 1988.

5 CONCLUSÃO

A Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos significa um instrumento idôneo de avanço para a proteção e defesa dos direitos humanos. Tendo em vista que vai garantir uma maior proteção à vítima e assim fortalecer o combate à impunidade. Além do mais, irá robustecer e disseminar a responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos nos diversos entes federativos (particularmente nos estados) e, por consequência, revigorar a responsabilidade da União em matéria de direitos humanos na esfera interna em conformidade com sua responsabilidade internacional. Isto de tal modo ajudará a aperfeiçoar a sistemática de responsabilidade nacional em face das sombrias

violações aos direitos humanos.

Nessa linha, o Incidente de Deslocamento de Competência (estabelecido no artigo 109, V-A e no §5 da CF/88) é uma forma alternativa, de intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal, para alcançar aos mesmos desígnios já consagrados no artigo 34 da Lex Mater. Na espécie, versa-se de atuação complementar da Justiça Federal, em virtude de omissão ou demora de prestação jurisdicional pelos estados nacionais. Assim sendo, atende à precisão de cumprir o dever internacional de persecução criminal. Ressalte-se que o Brasil é signatário de convenções no plano internacional que lhe impõem a investigação, o processo e o julgamento de delitos cometidos sob sua jurisdição.

Com base na literatura investigada, podemos dizer que IDC deve ser visto como um mecanismo de fortalecimento dos esforços conjuntos dos estados-membros e da União, na procura incessante para a solidificação dos direitos garantidos pela Carta da República. Deste modo, a federalização dos crimes contra os direitos humanos se acha em sintonia com a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos e com o federalismo cooperativo internamente vigente. Isto em nome do acesso à justiça e do combate à impunidade.

Dessa forma, vale rememorar que a atual Constituição sagrou, entre os princípios fundamentais: a dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, inciso III), e a prevalência dos direitos humanos, que conduz as relações internacionais do Brasil (art. 4.º, inciso II). Logo, a Federalização dos Direitos Humanos no Brasil possui amparo em todo o sistema constitucional, prezando pelo respeito aos direitos humanos e estabelecendo a conveniente resposta do Estado quando de sua transgressão. Assim, o IDC reflete, sobretudo, a esperança de que a justiça será feita e os direitos humanos respeitados.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Federalização dos crimes contra os direitos humanos**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo:

Malheiros, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Incidente de Deslocamento de Competência n. 01/PA**. www.stj.gov.br. Acesso em: 01. novembro. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 53/2006. – São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO, Marcela Baudel de. Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3590, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24267>>. Acesso em: 1 maio 2015.

CAZETTA, Ubiratan. **Direitos humanos e federalismo**: o incidente de deslocamento de competência. São Paulo: Atlas, 2009, p. 151.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA, Ana Fabíola de Azevedo. **Federalização dos crimes graves contra os direitos humanos**: Estudo sobre a ponderação de princípios no controle abstrato de constitucionalidade. Disponível em: . Acesso em: 14 set. 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

NOGUEIRA, Alberto. **Direito constitucional das liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Reforma do Judiciário e direitos humanos**. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). Reforma do Judiciário. São Paulo: Método, 2005a.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos internacionais e jurisdição supra nacional**: a exigência da federalização. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 17 jun. 2005b.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**. Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

“Assédio moral no trabalho em face da dignidade humana”

Fabricio Caldas Barros de Sales¹

Monalisa Góes Costa²

Rafael Caldas Barros Peixoto³

Resumo: O presente artigo visa enfatizar um problema latente e de abrangência social, presente no entorno da sociedade desde que o homem reprimiu seu semelhante, manifestando-se em suas variadas formas e denominada assédio moral. O intuito dessa abordagem tem como diretriz, analisar a incidência dessa violência psicológica inserida no ambiente de trabalho e cada vez mais perceptível na contemporaneidade. Busca-se analisar os fatores preponderantes, que determinam a grande reiteração desse problema que ganha destaque nas discussões em todos os âmbitos, o que facilmente pode se explicar pelo acréscimo expressivo e assustador de casos e, conseqüentemente, de vítimas deste calamitoso fenômeno. O estudo aqui suscitado tem por justificativa a necessidade de entender a motivação, causa e conseqüências num contexto organizacional acerca do assédio moral, assim como analisar a sua regulamentação normativa e aplicabilidade. O objetivo ora pleiteado se perfaz não só em torno da análise das causas e do estudo, mas acerca das conseqüências físicas e psicológicas destes trabalhadores e trabalhadoras, frente às atitudes e condutas negativas dos chefes, como determinar as lacunas que comungam para a dissipação dessa patologia em nosso contexto social. Esse artigo consiste basicamente em pesquisas, análise de dados importantes referentes ao tema, interpretações doutrinárias, jurisprudencial, enfim, uma análise profunda, teórica e consistente. Ademais será esquadrihado meios que atenuem este preocupante colapso, crescente nas relações de trabalho, e que vem suscitando maus incomensuráveis aos que o sofrem.

Abstract: this article aims to emphasize an underlying condition and social coverage, present in the surroundings of society since the repressed man his equal, manifesting itself in its varied forms and called bullying. The purpose of this approach has as a guideline, analyze the incidence of this psychological violence in the workplace and that is increasingly noticeable in contemporary times. The aim is to analyze the factors, which determine the great reiteration of this problem that gets featured in discussions in all areas, which easily can be explained by the significant increase and scary and, consequently, of victims of this tragic phenomenon. The study here raised is justification the need to understand the motivation, cause and consequences in an organizational context about bullying, as well as analyze their normative regulations and applicability. The goal now claimed if makes not only around the analysis of the causes and study, but about the physical and psychological consequences of these workers, in the face of negative attitudes and conduct of the bosses, as determining the gaps that share for the dissipation of this pathology in our social context. This article basically consists of research, analysis of important data regarding the theme, doctrinal interpretations, case law, in short, an in-depth analysis, theoretical and consistent. Furthermore will be scanned means in order to counteract this alarming collapse, growing in labor relations, and comes to the eliciting bad immeasurable suffering.

1. INTRODUÇÃO

O atual cenário econômico global caracterizado pelas práticas

1 Advogado especialista em Direito Administrativo

2 Advogada especialista em Direito Civil.

3 Mestre em ciências sociais.

ditatoriais do capitalismo possui como objetivo superior a produtividade e a busca desenfreada por lucros. Esses anseios incitam a competitividade em demasia, onde aliada a busca de custos irrisórios de produção, alcança seus objetivos sobrepostos a qualquer preço.

Ademais, o sistema supracitado possui artifícios que determinam o enraizamento na manutenção de seu sistema, como exemplo temos o excesso de oferta de mão-de-obra de forma rápida e de baixo custo para assumir postos deixados por possíveis demissões. Cria-se nesse sentido um ambiente agressivo, competitivo e propício a propagação de uma doença social constrangedora e degradante. Essa patologia ora discutida, tem como denotação assédio moral, ao que se percebe temos um cenário de “guerra do capital” e a desconsideração de princípios fundamentais como a dignidade humana.

Todas essas transformações são estimuladas e ampliadas pela remodelação estrutural do capitalismo, que têm escrito um novo e assustador capítulo da história operária, principalmente a degradação psíquica de milhões de trabalhadores

Tendo em vista todas essas complicações geradas a partir dessa conjuntura estrutural impostas pelo sistema contemporâneo, nos debruçamos sobre o tema em questão, buscando entender toda sua estrutura.

É, portanto, pela busca de analisar o contexto, fazer denúncias a avalanche de atrocidades de cunho psicológico que ocorre de forma subversiva, que nos motivamos ao embarque numa viagem ao passado, perquirindo desde os primeiros rabiscos acerca do assédio moral, até o momento de maior latência desse tema.

Sendo assim, indaga-se: Estaríamos diante de um regresso no que tange os direitos trabalhistas? O princípio da dignidade humana se faz presente nesse contexto? A saúde do trabalhador está sendo tratada como um Direito do indivíduo numa sociedade que possui como preceitos, a dignidade e o respeito ao próximo?

Pretende-se neste artigo esclarecer todos os aspectos mais importantes e denunciar a realidade perversa em que vivem milhares de trabalhadores vítimas de assédio moral. Ademais, será investigada a importância dada pelo nosso sistema normativo e colocada as possíveis soluções que possa atenuar tais práticas. Para tanto, haja vista a abrangência do nosso universo investigativo, que busca o nascedouro do que venha a ser entendido como assédio moral, sua inserção no ambiente de trabalho, assim como toda sua estrutura conjuntural.

2. EVOLUÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

Análise doutrinária e histórica nos remete a afirmar que, a patologia social ora levantada não é uma novidade, e a sua percepção é dada a milhares de anos.

Todavia, a vinculação do assédio moral com o trabalho, começou a escrever seus arca-bouços a partir da organização da sociedade em um estado de igualdade, sendo possível perceber que desde os primórdios da humanidade, era visível a existência do trabalho, entretanto, sua concepção fora modificada a partir do contexto sociocultural de cada época, da evolução do homem, suas descobertas e anseios, ditam a importância do trabalho nessa vertente, e percebe-se que sua primeira acepção deu-se como meio de produção. Vale ressaltar que em determinado momento, o homem começa a ser explorado pelo próprio homem, passando a ser “o homem o lobo do homem”, nesse momento o trabalho perde essa acepção, passando a ser determinado pelo poder, tortura e coisificação do trabalhador, o apogeu desse momento é encontrado na escravidão, pela exploração de seres que resultava em riquezas, isso ocorria mediante torturas físicas e psicológicas, sendo esses trabalhadores tratados e visto como mercadorias e objetos. Vimos anteriormente que cada momento determina a acepção do trabalho e na Idade média isso não foi diferente, haja vista que nesse período toda atmosfera girava em torno da questão religiosa, em que a busca pela salvação do homem desbrava o pensamento racional de cada ser, de modo a determinar a forma de trabalho para atingir a divindade.

Todavia com o passar do tempo, novos anseios são visíveis face às grandes navegações e desbravamentos de terras por diferentes civilizações, daí a determinação do trabalho sai do âmbito divino e adentra a seara do desenvolvimento, crescimento individual e conseqüentemente a formação de classes.

No que se refere à conjuntura socioeconômica atual, observamos que a sociedade contemporânea está submersa aos ditames de um sistema, que detém como preceitos de sustentabilidade, a desenfreada busca pelo custo, exploração e mão de obra de baixo custo, embora com alto potencial de produtividade. Vale ressaltar que o anseio pela concretização desses princípios se dá de qualquer maneira, criando assim, uma atmosfera no âmbito do trabalho, que é hoje altamente competitiva e agressiva, apresentando ambiente propício para a propagação de uma doença social que constrange o íntimo de um indivíduo e degrada drasticamente o seu psíquico, tal patologia, portanto, é denominada como “Assédio Moral”.

3. CONCEITO

Baseado no que está anteriormente assentado, este tipo de assédio não é um fenômeno novo, pois a sua maior abrangência e visibilidade social decorrem de pesquisas veiculadas, que revelam a reiteração da ocorrência do fenômeno ora analisado, e, não apenas a sua incidência, como também as sequelas da violência psicológica para saúde do trabalhador, esta que vem a consumir a sua dignidade, aquietando sua essência como ser humano, ocasionando ou ultrajando patologias e podendo até mesmo a culminar em cometimento de suicídio.

Tal fenômeno que suscita este artigo tem sua compreensão conceitual um tanto quanto embaraçada, pois por muito tempo, fora confundido com outros problemas do mundo do trabalho, como conflito natural entre colegas e stress, sendo um dos motivos que dificultou a caracterização e a precaução sobre esta patologia.

É importante ressaltar que a análise em torno de assédio moral, debruçava apenas sobre o enfoque organizacional, porém, com o crescimento desse problema concomitantemente com as suas consequências e causas, possibilita melhor compreensão para a complexidade do tema, o que torna possível um alto grau de relevância para essa discussão.

Diante dessa perspectiva, se faz necessária uma maior abordagem sob o enfoque do conhecimento humano, um estudo mais aprofundado para melhor conclusão e possivelmente novas contribuições, que se faz necessárias para atenuação desse problema. Diante dessa inquietação surge em 1998 na França, o primeiro trabalho sobre assédio moral, feita por Marie France Hirigoyen, publicado sob o título de *Harcèlement Moral: La Violence perverse au quotidien*, Ed. Syros, traduzido em diversos idiomas e que será analisada em momento posterior.

A partir desse momento, vislumbra-se a relevância e maior preocupação em virtude da reincidência desse fenômeno, que é identificada em todo mundo e que importantes modificações ocorreram após estudos posteriores acerca do tema, destacando-se os estudos de Heinz Leymann, psicólogo do Trabalho sueco, que após inúmeras pesquisas e profundas análises o que nos proporciona melhor compreensão sobre este fenômeno.

Para a psicóloga Margarida Maria Silveira Barreto, assédio moral pode ser definido como "a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas e assimétricas em que predominam condutas negativas,

relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigidas a um ou mais subordinados, desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego”⁴

Nesse sentido o entendimento do que venha a ser assédio moral no trabalho, se perfaz pela exibição constrangedora e degradante de trabalhadores, no seio de suas funções. Constrangimentos esses, que, se repetem e se prolongam, de maneira gradativa diariamente, sendo mais intensa nas relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, onde preponderam procedimentos negativos, desumano e de longa duração.

Essas ações negativas partem de chefe(s) dirigido a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima. É importante ressaltar que esses conceitos não devem ser determinados em curto alcance e compreendidos de forma a se concretizar apenas com palavras, isso significa dizer, que a abrangência desse conceito deve ter grande amplitude, a fim de abarcar todo e qualquer tipo de agressão, seja ela originada por gestos, comportamentos e até mesmo, atitudes consideradas abusivas.

Baseado nesse entendimento há consonância com a ideia da psicanalista francesa Marie-France Hirigoyen que assim define o assédio moral

“Toda conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude) que se configure num atentado, por sua repetição ou sistematização, à dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, colocando em perigo seu emprego ou degradando o clima de trabalho.”⁵

Percebe-se que na elementar doutrina pátria o instituto foi batizado com designativos como terrorismo psicológico, psicoterror, coação moral e assédio psicológico, este último conceito é utilizado por Barreto (2002, p.231), para designar humilhações sofridas pelo trabalhador adoecido na empresa e “envolve a sedução e também a intimidação, atingindo a homens e mais frequentemente as mulheres”

Pontuamos também as relações interpessoais num sistema organizacional de trabalho, que normalmente podem culminar em atritos e desentendimentos. Todavia, essas práticas são consideradas corriqueiras no contexto do trabalho, visto que, a convivência interpessoal pode gerar determinados conflitos. Contudo, observamos que a desordem entre indivíduos, sem a extensão da violência para uma das partes, determina o grau de normalidade e admite a possibilidade de determinados acontecimentos.

4 BARRETO, Margarida Maria Silveira. Uma jornada de humilhações. Dissertação-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Saraiva, São Paulo, 2000.

5 HIRIGOYEN, Marie – France. “Assédio Moral”: a violência perversa no cotidiano. Tradução Maria Helena Kuhner. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p.65.

Essa é uma questão relevante para a compreensão do conceito de Assédio Moral, porém, deve-se atentar para a construção de um ambiente propagador dessa violência, porque a cultivação dessas brigas e discussões gera a segregação no ambiente propício para a ocorrência das violências morais, que começam a acontecer posteriormente nas relações interpessoais.

Nesse sentido preceitua (Guedes, 2003, p. 53) que:

“A saúde do ambiente de trabalho depende decisivamente do modo pelo qual o poder diretivo é exercido. Tanto o exercício do poder quanto a omissão e inoperância dos dirigentes, podem não apenas favorecer como potencializar o desenvolvimento de relações perversas no interior da empresa”.

Retomando e analisando a base conceitual aqui exposta, faz-se necessário extrair elementos componentes e característicos do assédio moral, através de uma análise individualizada de cada ponto.

4. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO ASSÉDIO MORAL

4.1. CONDUTA ABUSIVA

Em face desse elemento faz mister ressaltar que ao assédio moral pressupõe ato doloso do agente, abordando a intenção antijurídica e danosa, vislumbrada por parte do agente. Tal conduta releva a intenção manifesta de excluir ou discriminar um indivíduo no ambiente de trabalho. Dessa forma é notada a impossibilidade de determinar como abusiva uma conduta meramente culposa, como preceitua Rodrigo Dias da Fonseca (2007)⁶

4.2. REPETIÇÃO OU SISTEMATIZAÇÃO

Acerca desse elemento, entende-se pela reiteração do cometimento do abuso e conseqüentemente da conduta condenatória. Essas repetições sistemáticas devem ter relevantes efeitos práticos e não simplesmente teóricos, sendo assim o ato único, isolado, que causa constrangimento, baixa-estima e ofensa a honra, não se determina como um elemento caracterizador do assédio moral.

Considerando esse último preceito, se faz mister externar a divergência dirimida por Guedes (2003, p.84), ao afirmar que o Assédio Moral no trabalho pode ser “Regular, sistemático e de longa duração”.

6 FONSECA, Rodrigo Dias . Assédio Moral – Breves Notas. São Paulo: LTR, 2007, p.36.

A lesão moral, entretanto, não está diretamente relacionada ao fator tempo e sim, a intensidade da agressão: “O fato de a vítima sofrer a violência em um único momento, não diminui em absoluto o dano psicológico (...)”.

4.3. DANO À INTEGRIDADE PSÍQUICA E FÍSICA DE UMA PESSOA

Esse elemento é determinante para a concretização do assédio moral, e deve decorrer em consequência da conduta abusiva do agente. Em face de esse elemento afirma Rodrigo Dias da Fonseca (2007)⁷ que:

deve ser considerada a distinção do dano em relação às circunstâncias individuais de cada pessoa, tendo em vista que alguns indivíduos são mais sensíveis ou mais suscetíveis que outros.

Essa disposição apesar de relevante se torna perigosa, posto que a ação assediadora contra aqueles emocionalmente mais resistentes devem ser coibidas, e em virtude disso finaliza o mesmo que: os indivíduos mais resistentes emocionalmente na situação enfocada, não estão desprotegidos das tutelas reparatórias, o que se torna um absurdo. Discorda também, da conclusão de que eles não sofreriam assédio moral.

Configura-se nessa discussão a dificuldade de se medir a extensão do dano, tendo em vista as características individuais de cada ser. Sob o entendimento de Sônia Maria A. C. Mascaro Nascimento⁸ presume que a mesma defende que:

“(...) a não configuração do assédio moral pela ausência do dano psíquico não exige o agressor da devida punição, pois a conduta será considerada como lesão à personalidade do indivíduo”.

Dessa forma a pessoa que resiste a doença psicológica não se prejudicará, pois sempre restará a reparação pelo dano moral sofrido. Logo se presume que, um alto ou baixo grau de resistência, ou a sensibilidade psicológica e física de um indivíduo, tem pouca importância, tendo em vista que a configuração da lesão moral é deduzida.

Nesse diapasão, os tribunais vêm decidindo majoritariamente no sentido de que a dor moral não necessita de comprovação. Esse entendimento decorre da dificuldade de ser demonstrada a extensão de um dano que se passa no psiquismo do indivíduo, sendo complexo auferir o seu acontecimento.

Diante dessa situação discorre o mestre Humberto Theodoro Ju-

7 FONSECA, Rodrigo Dias. Assédio Moral – Breves Notas. São Paulo: LTr, 2007, p.37.

8 NASCIMENTO, Sônia A.C. Mascaro. “O assédio moral no ambiente do trabalho”. Revista LTr, São Paulo, v.68, n. 8, p.922-930, ago. 2004

nior⁹ que, a lesão ou dor moral é fenômeno que se passa no psiquismo da pessoa e, como tal, não pode ser concretamente pesquisado. Daí por que não exige do autor da pretensão indenizatória que prove o dano extrapatrimonial.

Cabe-lhes, apenas, comprovar a ocorrência do fato lesivo, de cujo contexto o juiz extrairá a idoneidade, ou não, para gerar dano grave e relevante, segundo a sensibilidade do homem médio e a experiência da vida.

4.4. AMEAÇA AO EMPREGO OU DEGRADAÇÃO DO CLIMA DE TRABALHO

Esse elemento atua de forma consubstanciadora a questão da subordinação jurídica entre empregado e empregador, criando um ambiente desproporcional e altamente propício para a ocorrência de práticas abusiva.

A questão hierárquica é determinante para a profusão desse mal, transplantando ao agressor uma áurea de superioridade e consequentemente a certificação de impunidade e inércia de seus subordinados, devido a necessidade de manutenção do emprego tida pelo mesmo. Geralmente, agem esses chefes de maneira inescrupulosos, em face de sua posição na relação de emprego, principalmente quando os mesmos pretendem afastar empregados indesejáveis, forçando-o a se demitir.

As vítimas mais vulneráveis ao assédio no ambiente de trabalho são os empregados estáveis, com direito à garantia provisória de emprego aqueles afastados por motivos de saúde.

Ademais, é notório o entendimento referente ao ambiente de trabalho, mais especificamente a sua deterioração, o que macula e degrada de forma perversa o dia-dia dos trabalhadores e a relação destes, potencializando mais ocorrências de assédio entre os próprios, numa configuração evidente de corrida competitiva, injetando naquele ambiente como um todo, uma áurea torturadora.

Realmente, esta competição desmedida entre trabalhadores e entre empresas, exacerbada preocupação com a produção, valorização do individualismo, o desprezo pelo trabalho em equipe e a materialização cada vez mais acentuada das relações humanas, invertendo-se uma hierarquia de valores, em prejuízo das relações afetivas, da solidariedade, do companheirismo, da tolerância e da compreensão com as imperfei-

9 THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Dano moral". 3ª ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000, p.8.

ções humanas que determinam de forma absoluta um ambiente cada vez mais propulsor desse fenômeno.

5. CONDUTAS COMUNS QUE CONFIGURAM O ASSÉDIO MORAL

É evidente que essa patologia psíquica advém de maneira camuflada e silenciosa, geralmente internalizadas pelos oprimidos. Isso explica a dificuldade de se comprovar a sua ocorrência.

Em face dessa dificuldade a doutrina, como se observa Rodrigo Dias da Fonseca (2007)¹⁰, indica um rol numeroso de situações em que pode haver assédio moral, pela sua repetição ou sistematização de forma mais concreta que as sutis: isolamento do empregado, desconsideração de suas opiniões e de sua própria pessoa, gozações sobre seus defeitos físicos, divulgação de boatos maldosos, ataque a sua reputação e a família, delegação de flagrantemente superiores ou inferiores a sua capacidade, imputação de erros inexistentes, orientações, ordens ou instruções contraditórias e imprecisas, críticas em públicos, imposição de horários e tarefas injustificadas, atribuição de sobrecarga de trabalho, cobrança de urgência desnecessária no cumprimento de uma tarefa, isolamento do empregado, não atribuição de qualquer incumbência ao empregado, proibição de contato com os outros colegas, recusa de comunicação direta com a vítima dando-lhe ordens através de colegas, supressão de documentos ou informações importantes para a realização do trabalho, ridicularização das convicções religiosas ou políticas, dos gostos do trabalhador, dentre várias outras.

Vale pontuar que a externalização dessas ações, como já mencionadas anteriormente não se restringe apenas a palavras proferidas, devendo ser consideradas, mesmo que camuflada de brincadeira, mediante alusões arguciosas a comunicação não verbal (suspiros, erguer de ombros, olhares de desprezos, silêncio, ignorância da presença, ironias, sarcasmos, dentre outras).

Como preceitua HIRIGOYEN, Marie – France em sua definição de assédio moral citado em momento anterior: *“Nunca é demais salientar que aparentemente esses gestos tidos como simples possuem um alto poder constrangedor e humilhante, devendo os mesmos serem considerados pela abrangência do entendimento acerca do assédio moral”*.

10 FONSECA, Rodrigo Dias. Assédio Moral – Breves Notas. São Paulo: LTr, 2007, p.38.

6. CLASSIFICAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL

Em relação à classificação utilizaremos apenas ao sujeito ou a pessoa a quem é dirigido os atos lesivos. Em face de isso, percebe-se duas modalidades de assédio moral denominadas de Horizontal e Vertical. O vertical, por sua vez, divide-se em outras duas modalidades descendentes e ascendentes. Na visão de Maria Rita Manzarra Garcia de Aguiar¹¹ em sua obra “Assédio Moral Problema antigo Interesse recente”¹². O assédio moral vertical ascendente é o de mais rara ocorrência, e se verifica naqueles casos em que os subordinados se insurgem e perversamente investem ataques contra o superior, retirando-lhe a autoridade e forçando-o à demissão, geralmente emergindo quando o empregador escolhe para ocupar o cargo de chefia um empregado jovem e inexperiente que, ao demonstrar o mínimo de insegurança no exercício de suas atividades, se torna presa fácil nas mãos de subalternos perversos e invejosos. Apesar de incomum, esses atos possuem maior incidência nas relações de emprego especiais, como por exemplo, o de um atleta profissional. Na outra vertente encontra-se o assédio moral vertical descendente, que tem sua aplicabilidade no ambiente do trabalho mais corriqueiro. Para Alexandre Braga Belmont¹³ em sua obra *O assédio Moral nas Relações de Trabalho – Uma tentativa de sistematização, assédio moral descendente caracteriza-se, como a ofensa reiterada ao relacionamento saudável, perpetrada por superior hierárquico ou o próprio empregador, contra o empregado.*

Tem-se essa classificação como maior vilão na questão hierárquica, sendo determinante para sua ocorrência. Enfim preceitua o mesmo autor que, o assédio moral horizontal é aquele praticado entre colegas de trabalho. Costuma ocorrer quando o empregador tolera o clima aéctico, caracterizado por práticas individualistas, discriminação pela improdução e o fenômeno de rumores e “rasteiras” entre colegas do mesmo patamar hierárquico. Nessa classificação, fica explícito que, a proposta do capitalismo determina sua insurgência, uma vez que cria está uma atmosfera de disputas que geram rivalidades e propiciam a ocorrência desse tipo de assédio moral.

7. CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL

Dentre as consequências a serem abordadas, consideramos relevante a relacionada com a saúde, tendo em vista a sua importância. Em

11 Juíza do Trabalho do TRT da 21ª Região (RN). Especializanda em Processo Penal pela Universidade de Fortaleza (CE). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes

12 Publicação autorizada pela autora, 2010

13 BELMONTE, Alexandre Agra. O Assédio Moral nas Relações de Trabalho-Uma Tentativa de Sistematização. São Paulo: LTr, 2008.p.1328.

face disso se faz pertinente examinar as entrevistas realizadas com 870 homens e mulheres vítimas de opressão no ambiente profissional que revelam como cada sexo reage a essa situação (em porcentagem)

SINTOMAS	MULHERES	HOMENS
Crises de choro	100	
Dores generalizadas	80	80
Palpitações, tremores	80	40
Sentimento de inutilidade	72	40
Insônia ou sonolência excessiva	69,6	63,6
Depressão	60	70
Diminuição da libido	60	15
Sede de vingança	50	100
Aumento da pressão arterial	40	51,6
Dor de cabeça	40	33,2
Distúrbios digestivos	40	15
Tonturas	22,3	3,2
Idéia de suicídio	16,2	100
Falta de apetite	13,6	2,1
Falta de ar	10	30
Passa a beber	5	63
Tentativa de suicídio		18,3

Fonte: BARRETO, M. Uma jornada de humilhações. São Paulo: FAPESP; PUC, 2000.
Disponível em, www.assediomoral.org

A presente pesquisa concretiza o que discutimos durante toda a abordagem no que diz respeito à consequência psíquica, de quem sofre esses assédios e ao mesmo tempo apresenta alto grau de ofensa e menosprezo, uma humilhação muitas vezes silenciosa e quando internalizadas, possui alto poder destrutivo. Sendo assim, vislumbrado o grande potencial do assédio moral em face da existência digna de um indivíduo, faz-se necessária também, a imposição de sanções normativas, a fim de coibir ou atenuar determinadas práticas.

A CF de 1988 conferiu especial importância ao meio ambiente do trabalho, estatuinto em diversos preceitos, a exemplo do artigo 7º, inciso XXII, artigo 39, §3º, artigo 200, inciso VIII, artigo 170, inciso VI e artigo 225, caput, que é dever de todos preservar a sanidade ambiental, garantindo-se condições propícias de higiene e segurança e,

em relação ao empregador, adotar medidas a fim de reduzir os riscos inerentes ao trabalho.

Essas disposições previstas em nossa Carta Magna, já determinam a ilegalidade do assédio moral, todavia, existem outros dispositivos legais que somado a esse tentam dar uma punição proporcional ao delito causado.

Nessa vertente encontra-se a lei nº 9.029, de 1995, que veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeitos de acesso a relação de emprego ou sua manutenção por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, casos em que a rescisão contratual operada por iniciativa do empregador, fundada nas práticas discriminatórias ou limitativas ora citadas, dão ao empregado o direito de vê-la declarada nula, com sua consequente reintegração no emprego e percepção de todas as parcelas do período de afastamento, ou pode o empregado optar pela remuneração em dobro do período de afastamento (art. 4º, incs. I e II, da precitada lei).

Em relação à lei supracitada percebe-se que a mesma tem como causa para sua imputação alguns dos fatores que geram o assédio moral, sendo assim, a sua operabilidade será dada a depender de como venha a proceder ao empregador, não abarcando a lei ora analisada todos os possíveis casos de assédio.

Vale ressaltar que determinadas incidências pode ter como consequências a rescisão indireta do contrato de trabalho, pela vítima, como dispõe a CLT alíneas a, b e c, do art. 483, além de autorizar o empregador a dispensar por justa causa os colegas da vítima, chefes, gerentes e diretores, enfim, do responsável, pelo ato ilícito ou abusivo praticado contra a vítima, com amparo no art. 482, alínea b, da CLT.

Preceitua mauro Vasni Paroski¹⁴ que: *“O assédio moral pode também acarretar dano material, a exemplo da perda do emprego e gastos com tratamento médico e psicológico, além, é claro, de atingir profundamente os direitos da personalidade do empregado, ferindo com violência o seu mor próprio, a sua auto-estima, a sua boa-fama, a sua imagem, e principalmente, a sua dignidade e a sua honra. A honra e a dignidade das pessoas são bens tutelados constitucionalmente, nos artigos 1º, 3º e 5º, da Constituição de 1988, merecendo pronta reparação quando se comprova sua violação”*.

14 PAROSKI, Mauro Vasni. Assédio Moral no Trabalho. Paraná: 2010. P. tese (Doutorado), pela Universidade Estadual de Londrina. Paraná, Londrina, 2010.p.11,12.

8. DISPOSIÇÕES LEGISLATIVAS SOBRE ASSÉDIO MORAL NO BRASIL

Apesar da grande importância vista pelo assédio moral devido ao seu alto poder destrutivo, e grande reincidência. Todavia fica explícito que a disposição legislativa existente em nosso país é pouco desenvolvida. Inexiste no âmbito nacional uma legislação específica que venha a pretender punir os infratores.

Todavia vale ressaltar que as leis existentes nesse sentido são disposições municipais e direcionadas a Administração pública. Em âmbito federal existem apenas projetos de lei e mudanças de códigos, nada ainda saiu do papel, como o projeto de lei nº 4.742/01 do Deputado Federal Marcos de Jesus, o escopo desse projeto paira na admissão de um artigo pelo Código Penal, que venha a punir quem cometa assédio moral.

9. ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS

As decisões atuais dos tribunais tendem a decidir em favor do lesado, vale ressaltar que no entendimento máximo dos tribunais a comprovação do dano psicológico não se faz necessário para a punição, depende está de forma determinante da comprovação do ato abusivo. De fato o nosso sistema pátrio como visto anteriormente, não dispõe de leis contundentes no que diz respeito ao assédio moral.

Sendo assim as decisões dos tribunais baseiam-se em seu maior escopo A CLT, maior fonte estatal dos direitos e deveres do empregado e empregador, que no que diz respeito ao assédio moral, impõe a obrigação de o empregador abster-se de praticar lesão à honra e boa fama do seu empregado (art. 483).

Se o empregador age contrário à norma, deve responder pelo ato antijurídico que praticou, nos termos do art. 5º, X, da CF/88. Esses são os limites legais que terão os juízes e tribunais para proferir a decisão, além de sua experiência e toda a análise do caso concreto (provas, indícios...).

10. CONCLUSÃO

Acerca do assédio moral, vale dizer que, o mesmo é um problema muito antigo, todavia, esse mal tem sua ocorrência intensificada nos dias atuais. Um dos fatores que potencializa esse fato é a atmosfera criada em quase todo mundo pelo capitalismo, determinada pela

busca exacerbada pelo lucro, o aumento de oferta de mão-de-obra, a valorização do individualismo suplantando o espírito de coletividade, e principalmente a contraversão da escala hierárquica de valores humanos, tudo para satisfazer os devaneios de pessoas inescrupulosas e de um sistema altamente destrutivo nesse sentido.

Vale ressaltar que a inversão de valores e princípios se determina de forma latente, quando analisamos a nossa carta magna onde em seu artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, postulando a dignidade humana. Busca-se nessa postulação que a dignidade seja uma prerrogativa de todo ser humano, onde junto com o respeito à existência de cada indivíduo no que diz respeito a (a vida, o corpo e a saúde).

Dessa forma determina-se que a dignidade da pessoa humana com o cometimento do assédio moral está sendo totalmente desconsiderada pelos seus autores. Percebe-se também a ocorrência da redução do homem à condição de mero objeto de terceiros, uma forma arcaica que teve seu apogeu na escravidão e que volta a ser perceptível em algumas relações de trabalho.

Destarte, tendo em vista a gravidade de atos assediadores, suas consequências e pelo desprezo a princípios basilares para uma existência digna de toda sociedade, faz-se necessário criar disposições de âmbito nacional de situações de assédio, sem lacunas e com punições severas, juntamente com acompanhamento psicológico gratuito a pessoas que sofrem desse mal, que a cada dia faz novas vítimas.

Dessa forma buscando enaltecer a dignidade humana será atenuada a ocorrência de assédios, haja vista que as disposições punitivas.

11. REFERÊNCIAS

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BELMONTE, Alexandre Agra. **O Assédio Moral nas Relações de Trabalho**-Uma Tentativa de Sistematização. São Paulo: LTr, 2008.

FONSECA, Rodrigo Dias. **Assédio Moral** – Breves Notas. São Paulo: LTr, 2007.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa no

cotidiano. Tradução Maria Helena Kuhner. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Violência, saúde, trabalho**: uma jornada de humilhações. São Paulo: EDUC – Editora da Puc-SP, 2000.

AGUIAR, André Luiz Souza. **Assédio Moral**: O Direito a Indenização pelos Maus-tratos e Humilhações Sofridos no Ambiente do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

FREITAS, Maria Ester de; HELOANI, Roberto; BARRETO, Margarida. **Assédio Moral no Trabalho**. 1ª Ed, São Paulo: Cengage Learning, 2008.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Assédio Moral no Trabalho**. Paraná: 2010. P. tese (Doutorado), pela Universidade Estadual de Londrina. Paraná, Londrina, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **“Dano moral”**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

O jus puniendi à luz da legislação pátria: análise e alternativas a pena privativa de liberdade

Caroline Silva Lisboa¹

Fernanda Rodrigues de Brito Carvalho²

ORIENTADOR (A): Everardo Lima Ramos Júnior³

RESUMO: Este artigo objetiva refletir sobre as características que fomentam o poder punitivo através da identificação do controle social e da legitimação para punir conferida ao Estado e as contestações relacionadas a este poder institucionalizado por meio das alternativas ou substituições à pena privativa de liberdade. Isto se dá em função de que o poder de sanção estatal se apresenta como forma de coerção e controle dos males que compõem uma sociedade e pela busca da paz social. Para tanto, através de pesquisa bibliográfica de doutrinadores do Direito Penal, serão elucidadas as teorias que legitimam tal função institucional, as que vão de encontro a esta legitimidade, bem como as consequências das dificuldades do cumprimento das penas privativas de liberdade, já que esta é a maior representação do aspecto coercitivo do Estado em relação à lesão a bens jurídicos tutelados pela Lex Fundamentalís. Por isso, é imprescindível a análise do jus puniendi na sociedade brasileira e as críticas apresentadas por estudiosos desta parcela do direito além da sua relação com os princípios do nosso Estado Democrático, os quais possibilitam chegar a uma discussão acerca de outras possibilidades ou alternativas que vislumbram o cumprimento das sanções que visem de fato a ressocialização do condenado.

Palavras-chave: Jus puniendi; Controle social; Pena privativa de Liberdade; Alternativas.

ABSTRACT: This article intends to reflect about the characteristics that foster punitive power by identifying the social control and legitimacy to punish given to the state and the challenges related to this power institutionalized through alternatives or replacements to the deprivation of liberty. This is a function of the power of state sanction is presented as a form of coercion and control of the ills that make up a society and the search for social peace. Therefore, through bibliographical research scholars of criminal law, they will be elucidated theories that legitimize such institutional function, which meet this legitimacy, and the consequences of the difficulties of compliance with custodial sentences, as this is the highest representation of the coercive aspect of the State for injury to legal interests protected by the Lex Fundamentalís. So it is essential to analysis of jus puniendi in Brazilian society and the criticism made by scholars of this portion of the right addition to its relationship with the principles of our democratic state, which enable reaching discussion of other possibilities or alternatives that envisage compliance sanctions aimed indeed the rehabilitation of the convict.

Key - Words: Jus puniendi; Social control; Deprivation of freedom; Alternatives.

INTRODUÇÃO

Ao se fazer uma análise acerca dos aspectos que abrangem a se-

¹ Acadêmica do 7º Semestre do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Empresariais – FACEMP

² Acadêmica do 7º Semestre do Curso de Direito da FACEMP

³ Advogado. Especialista em Direito Público, Especialização em Direito Penal e Processo Penal. Professor de Direito Penal e Processual Penal da FACEMP.

gurança pública no Brasil, cria-se a ilusão de que todos os problemas decorrentes das nossas peculiaridades sociais serão prontamente respondidos através do poder punitivo do Estado.

Esta busca visa proporcionar uma rápida resposta aos anseios da sociedade, a qual, por vezes, faz com que os legisladores atribuam caráter típico penal a condutas sem qualquer fundamento criminológico. Este fato se evidencia através de uma esfera de controle social, de caráter essencialmente punitivo, que desde seu princípio buscou legitimação no argumento do medo como forma de garantir proteção aos cidadãos.

Esta premissa se desencadeia no problema de que a imputação da pena privativa de liberdade seja substituída por um sistema de des-criminalização ou de diversificação dos meios de punição. A resposta para este problema justifica-se na medida em que são inúmeras as inquietações dos que se debruçam sobre os estudos da aplicação do Direito Penal na atualidade, principalmente ao questionarem o aspecto de que só a resposta punitiva é a saída ou a forma mais eficaz para o controle dos níveis de violência e manutenção da paz social.

Nessa toada, é possível atrelar a estes pressupostos anteriormente citados os que dão conta de descrever como funciona o controle social e punitivo institucionalizado no Brasil já que o mesmo, tomando-se como base o sistema carcerário, se encontra em estado de total falência, como evidencia alguns dos doutrinadores do Direito Penal, dentre eles, César Roberto Bittencourt em sua brilhante obra *Falência da Pena de Prisão* (2004).

Por conseguinte, será imperioso citar e discutir quais são os argumentos que permeiam a investigação deste aspecto emergencial, bem como dos fatores que contribuem para emergir outras possibilidades, a exemplo da privatização do sistema penitenciário e alternativas a pena privativa de liberdade.

Para tanto, esta abordagem se dará através da contraposição de ideias e entendimentos doutrinários, assim como das teorias que direcionam a legitimação do Estado em sua função privativa de punir⁴, as que sugerem que o mesmo seja abolido ou utilizado em ultima ratio e ainda as que fundamentam novas discussões e possíveis caminhos para as sanções penais através dos princípios limitadores deste poder.

⁴ Art. 21, I da Constituição Federal, 1988.

1 CONTROLE SOCIAL E INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PODER PUNITIVO

O controle social punitivo institucionalizado, ou simplesmente o sistema penal, configura-se a partir de quando se detecta ou supõe-se detectar um delito. No entanto, para este fim, o sistema penal engloba um conjunto de atividades que contribuem para a sua construção cotidiana, sejam a de legisladores, do público, da polícia, dos juízes, promotores e ainda da execução penal (Zaffaroni & Pierangeli, 2009). Sendo assim, é necessário, associado a estas características citadas anteriormente, entender a importância que tem o sistema penal como meio de controle social.

O controle social se apresenta de modo difuso ou institucionalizado, onde o primeiro relaciona-se aos meios de massa, ou seja, famílias, rumores e preconceitos, já o segundo engloba escolas, universidades, a polícia e os tribunais e é dentro deste último controle mencionado que se opera o aspecto formalmente punitivo (Zaffaroni, Pierangeli, 2009). Dentro deste conjunto o direito penal ocupa o lugar que Franz Von Litz⁵ (apud Paulo Queiroz, 2013), define como das prescrições emanadas pelo Estado que ligam ao crime, como fato, e a pena, como consequência.

O rol de garantias e direitos formalmente positivados com a Constituição de 1988 possibilitou que o direito penal tivesse a função de tutelar bens jurídicos contra aqueles que lesam a segurança jurídica, ou seja, a ideia que Zaffaroni e Pierangeli identificam como *jus puniendi*, isto é, como o direito subjetivo do Estado se desenvolve através do objetivo de pôr-lhe um limite.

Leonardo Sica⁶ (2002), em sua obra *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*, salienta que o jus puniendi advém da evolução do pensamento humano em razão da conformidade entre o Estado Democrático de Direito e o Direito Penal, já que esta é, segundo este promissor autor, um meio constante de se exigir uma vingança pública à mera expiação da culpa.

Seus fundamentos derivam da teoria do contrato social, pois, como evidencia Dalmo de Abreu Dallari em sua obra *Elementos de Teoria Geral do Estado* (2011), o contratualismo é a base da teoria geral do Estado e, portanto, se reflete na necessidade de agregação e organização da sociedade, ou seja, nos aspectos onde nascem as esferas de controle social, principalmente com caráter necessariamente punitivo.

5 QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 9 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 177.

6 Leonardo Sica é Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

Logo, o *jus puniendi* é uma manifestação imediata e inerente à organização social e seu exercício é atrelado ao Estado, representante direto das vontades individuais e garantidor da coexistência pacífica de seus membros. Desta forma, ao passar às mãos do Estado, buscou-se desde o princípio, como salienta Zaffaroni⁷ (*apud* SICA, 2002), o argumento do medo e o fomento de uma sociedade punitiva de forma a conferir:

a) proteção dos indivíduos em geral contra a agressão de outro; b) proteção do agressor contra a reação informal dos outros ou contra a exigência de aumentar as penas incessantemente e c) proteção do agressor contra os impulsos, paixões e usurpações do próprio poder (SICA, 2002, p. 26).

Já o controle social se caracteriza quando os meios de intervenção nos grupos sociais induzem seus membros a se conformarem com as normas que a caracterizam. Segundo Franco Garelli⁸ (*apud* SICA, 2002), isto impede e desestimula os comportamentos contrários às normas estabelecidas, porém Sica destaca dois fatores determinantes para este controle:

O primeiro diz respeito a valores tidos como consensuais, que se sobrepõem à vontade individual, concretizando uma pressão sobre o indivíduo para que tenha certos comportamentos, principalmente se abstenha de outros [...]. O segundo, consectário do primeiro: a necessidade de garantir a ordem contra os comportamentos desviantes (SICA, 2002, p. 28).

Assim, o controle social passa a ser considerado uma reação institucional contra os desvios de comportamento e acaba por se desenvolver através de meios internos ou externos. Os primeiros são aqueles pelos quais a sociedade busca, através da educação do seu indivíduo, desde a infância, um meio de interiorizar valores com o objetivo de formar uma consciência que impeça a prática de condutas que se desviem do padrão ético-social vigente. Já em relação aos externos, são em regra os punitivos e estabelecidos institucionalmente com o intuito de reprimir e em tese prevenir os atos que atentem as normas vigentes.

No entanto, este controle externo se identifica a *posteriori* como uma reação ao desvio de conduta. Para Cesare Beccaria⁹ em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, em sua obra de 1778, destaca que em virtude

7 SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à pena prisão*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002, p. 26.

8 SICA, *op. cit.*, p. 28.

9 Cesare Beccaria, nascido em Milão, 1738. Marquês que em *Dos Delitos e das Penas* provoca a filosofia francesa aplicada à legislação penal, contra a tradição jurídica e invoca a razão e o sentimento. Desta forma faz-se porta-voz dos protestos da consciência pública contra os julgamentos secretos, o juramento imposto aos acusados, a tortura, a confiscação, as penas infamantes, a desigualdade ante o castigo, a atrocidade dos suplícios; estabelece limites entre a justiça divina e a justiça humana, entre os pecados e os delitos; condena o direito de vingança e toma por base do direito de punir a utilidade social; declara a pena de morte inútil e reclama a proporcionalidade das penas aos delitos, assim como a separação do poder judiciário e do poder legislativo.

do bem-estar social e, portanto, contra os comportamentos lesivos, justifica-se a ingerência do Estado na vida dos indivíduos, a ponto de impor restrições à liberdade individual.

Já Paulo Queiroz (2013), cita que o direito não é a única nem a mais importante expressão do controle social, no entanto, estamos permanentemente sujeitos às regras de comportamento, as quais surgem das mais diversas formas e a ordem jurídica estatal não é mais do que o reflexo de uma ordem social incapaz de por si mesma regular a convivência entre os seus de modo organizado e pacífico.

Em contrapartida, é preciso destacar que o ordenamento penal não é o começo nem a parte mais importante, é simplesmente a parte visível de um *iceberg*, tal como salienta Queiroz (2013), pois aquilo que não se vê talvez seja o que mais importa e, assim, o sistema penal irá desempenhar um papel subsidiário, isto é, somente deve ser chamado a intervir quando fracassarem outros modos de prevenção e controle social.

2 LEGITIMIDADE DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

A defesa da legitimidade do poder punitivo do Estado está em sua função primordial de restaurar a ordem social reprimindo o crime, sendo a pena o instrumento utilizado para tal fim.

Este instrumento surgiu da perspectiva filosófica de Immanuel Kant¹⁰, que expressou a ideia de pena como retribuição devida, como objeto de dever do Estado que visa, sobretudo, repriminir uma situação jurídica violada (apud SICA, 2002).

Luigi Ferrajoli em sua obra *Direito Penal Mínimo*, justifica que punir é uma aflição necessária, no entanto, mesmo fiel aos ideais humanitários, procura também afastar o sentido de necessidade moral para o de uma necessidade jurídica racionalmente concebida, ou seja, um dever ser do Direito Penal. Já para Louk Hulsman¹¹ a pena deve ser entendida em nossa civilização sob dois aspectos:

1º uma relação de poder entre aquele que pune e o que é responsável etc. e o outro aceitando que seu comportamento seja assim condenado, porque reconhece a autoridade do primeiro; 2º em determinados casos, a condenação é reforçada por elementos de penitência e de sofrimento impostos e aceitos em virtude daquela mesma relação de poder (KARAM, 1993, apud SICA, 2002, p. 37).

10 SICA, 2002. *Ibidem*.

11 SICA, 2002, p. 37.

Sendo assim, o direito de punir é aceitável através da pena como meio de controle social e são duas as teorias legitimatórias da pena, as absolutas e as relativas. As primeiras são de acordo com Queiroz (2013) as que veem o direito penal como um fim em si mesmo, ou seja, uma retribuição ao indivíduo do mal provocado pelo exercício de um ilícito penal. Sica (2002) aduz que a teoria absoluta tem importante contribuição para a formulação da teoria da pena, pois limita esta em função da culpabilidade do agente, ou seja, que cada pessoa seja tratada conforme o crime cometido, independentemente de razões utilitárias ou preventivas.

Os defensores da teoria absoluta são Immanuel Kant e Friedrich Hegel. O primeiro defende que a pena representa uma reação estatal legítima a ação ilegítima do indivíduo, ou seja, o delito. Contudo, Queiroz (2013) aponta que se déssemos razão a Kant não faria sentido algumas previsões como causas de extinção de punibilidade e isenção da pena, pois implicariam em renúncia à punição do autor do delito.

Em relação a Hegel¹²:

a pena é a razão do direito, anula o crime, que é a razão do delito, conferindo, à sanção, uma reparação de natureza jurídica, explica Mirabete (2010). "A pena é a negação da negação do Direito" (HEGEL apud BITENCOURT, 2010, p. 104).

As críticas são evidentes em relação a esta teoria, pois, tal como justifica Queiroz, são incompatíveis com o perfil dos Estados contemporâneos, onde se encontram os limites constitucionais.

Quanto às teorias relativas, em oposição à primeira, são finalistas, ou seja, veem a pena não como um fim, mas como meio a serviço de determinados fins e por isso são utilitaristas, consistentes na defesa do grupo social e na prevenção de crimes futuros. Dividem-se em teorias de prevenção geral, positiva ou negativa e ainda em teorias de prevenção especial.

No caso da prevenção geral positiva, o objetivo da pena é fortalecer os valores ético-sociais como forma de estabilizar o sistema social. No aspecto negativo da prevenção geral, tem na pena a prevenção de novos delitos através de coação, ou seja, um meio de intimidação de possíveis autores de lesões jurídicas.

Numa prevenção especial ou individual, a finalidade do direito penal é prevenir novos crimes através da ressocialização de seus autores

12 BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal: Parte Geral 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104.

e, numa versão mais radical, citada por Queiroz em sua obra *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal* (2002) esta teoria pretende a substituição da justiça penal por uma espécie de medicina social, a qual teria o objetivo de promover a aplicação de medidas terapêuticas, seja pela segregação por tempo indeterminado ou ainda pela submissão a um tratamento ressocializador que estaria apto a inibir possíveis tendências criminosas.

Alguns autores, dentre eles Leonardo Sica (2002), consideram a ressocialização como uma falácia, pois entende que a ideologia penal da ressocialização apenas serviu para disfarçar a característica de castigo atribuída a pena, e que, portanto, apenas serve para reforçar e impulsionar a utilização da pena de prisão, sustentando o discurso do cárcere em fins socialmente aceitos.

Outras teorias também corroboram com a legitimidade estatal para o exercício do poder punitivo, porém são consideradas doutrinariamente como ecléticas. Estas almejam superar as antinomias entre as teorias já apresentadas ao longo do texto, através de uma reflexão prática do que é a pena e a sua aplicabilidade.

Dentre as teorias ecléticas estão a dialética unificadora de Claus Roxin atribuídas em sua obra *Teoria do Tipo Penal* (1979), a qual considera a justificação do direito de punir sobre três momentos, o da ameaça, o da imposição e o da execução da pena. Para Roxin¹³, a partir da natureza subsidiária do direito penal, a sua intervenção só será legítima se for indispensável, pois para ele o direito penal não deve se ocupar de condutas meramente imorais ou não lesivas de bem jurídico (*apud* Queiroz, 2013).

O garantismo, outra teoria eclética defendida por Luigi Ferrajoli, tem como premissa considerar que a única finalidade capaz de legitimar a intervenção penal é a prevenção geral negativa na busca do fortalecimento do direito penal mínimo. Isto é, que se limite à absoluta necessidade, segundo os princípios do direito penal que visam concebê-lo como um sistema de garantias do cidadão perante o arbítrio do Estado.

3 INSUCESSO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Atualmente, discutem-se a legitimidade e a eficácia da pena privativa de liberdade sob argumentações positivas e negativas, aspecto que faz surgir questionamentos se através de tal tipo de sanção há ou não a reinserção do indivíduo no meio social.

13 QUEIROZ, 2013, p. 60-61.

Recorrendo à ferramenta histórica, é possível constatar que desde o momento que o homem passou a viver em sociedade e principia-ram-se os conflitos, foi estabelecido algum tipo de sanção, seja como forma de retribuição particular, como, por exemplo, o período da Lei de Talião, ou até mesmo como retribuição pública, um meio de ratificar o poder do Estado.

Para além dessas categorias, numa perspectiva hodierna, encontramos na pena humanitária, aquela que a visualiza como uma situação necessária, no entanto a mesma deve ser aplicada, de maneira geral, visando sempre a ressocialização do ser humano infrator. Assim, é válido ressaltar que o eixo de encontro entre tais espécies de penas é o escopo de punir aqueles que se opõem ao padrão instituído pela sociedade, o qual pode ser equiparado com o da manutenção da ordem social.

Para ratificar tais argumentos, é imperioso trazer à baila as palavras de Bayer (2013):

em todos os tempos, em todas as raças, ainda nas mais rudes ou degeneradas, encontramos a pena como o malum passiones quod infligitur propter malum acciones, como uma invasão na esfera do poder e da vontade do indivíduo que ofendeu e porque ofendeu as esferas do poder e da vontade de outrem.

Doravante, sobre tais argumentos, é perceptível que a evolução histórica da pena e o meio pelo qual a mesma é imposta e ministrada, seja pelos próprios indivíduos ou por meio do poder punitivo do Estado, tem como principal aspiração a manutenção e a restauração do equilíbrio social, e o mesmo é imposto pelo Estado. Este tomou para si a incumbência do fim almejado pelo direito, ou seja, a paz social, e para tanto adotou a pena privativa de liberdade como paradigma de aplicação das penas do sistema penal.

Nessa toada, é congruente aclarar que tal instituto priorizado pela maioria dos países, funciona no regime de reclusão ou no regime de detenção, sendo tais conceitos explicitados no art. 33 do Código Penal Brasileiro de 1940, o qual informa que a pena de reclusão deve ser cumprida no regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto que o segundo tipo, de detenção, será verificado ou no regime semiaberto ou no aberto, sendo, portanto, este último mais brando.

Mediante tal escolha, o poder estatal tinha a certeza de que o propósito do direito iria ser efetivado, alcançando a harmonia no convívio social. A Lei de Execução Penal – 7210/84 dispõe sobre diversos direitos e deveres do condenado visando a sua reinserção na sociedade.

Alguns destes direitos e deveres dispostos na lei infraconstitucional, em seus arts. 39 e incisos, 41 e incisos, *ipsis literis*:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; [...]
- IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X - conservação dos objetos de uso pessoal. [...]

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI - chamamento nominal;
- XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; [...]
- XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003) [...]

Todavia, os direitos não são viabilizados para os condenados e em virtude disso os deveres não são executados pelos mesmos, criando assim uma antítese daquilo que é proposto pelo Código Penal e pela *Lex Specialis* e desvirtuando completamente o objetivo da ressocialização do indivíduo, fator que gera essa situação de alarme social que se vive atualmente.

A partir de tal circunstância, surgem os discursos acerca do tema, expondo com maestria Cezar Roberto Bitencourt (2004) que a maior disfunção da categoria abordada está na efetuação da pena, isto é, na fase de execução da mesma e não apenas em sua fundamentação teórica, elucidando os problemas de infraestrutura e da ineficácia de tal sistema na reabilitação do condenado. Diz ainda esse autor que a fundamentação conceitual sobre a qual se baseiam os argumentos que indicam a ineficácia da pena privativa de liberdade pode ser, sinteticamente, resumida em duas premissas:

- a) Considera-se de um lado que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho

reabilitador sobre o recluso. Não se pode ignorar as dificuldades de fazer sociais aos que, de forma simplista, chamamos de “antissociais”, se os dissocia da comunidade livre e, ao mesmo tempo, se os associa a outros “antissociais”.

b) Sob o outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas torna-se inalcançável o objetivo reabilitador. Não se trata de uma objeção que se origina na natureza ou na essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais e que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade (BITTENCOURT, 2004, p.154)

Sendo assim, a primeira premissa coloca em análise a situação de que o sistema prisional não ressocializa, mas apenas ratifica a tese de Alessandro Baratta denominada *labelling approach*, a qual versa que a criminalidade é um estigma que diferencia os indivíduos, dificultando assim a ressocialização, em razão da resistência social à etiqueta. E, além disso, indaga a questão de como reinserir alguém em uma comunidade isolando-o da mesma, tratando-o como uma ameaça à paz social. Já na segunda premissa explícita que os meios e as circunstâncias utilizadas não viabilizam a sanção.

A falta de higiene, a escassa alimentação de qualidade, o tratamento bruto, desigual e desumano, a grande quantidade de reclusos em um mesmo ambiente, o atendimento médico abusivo e insuficiente, o qual muitas vezes não propicia o seu dever, que é o de assistência para haver a preservação e a boa qualidade de vida, são exemplos de fatores que originaram e ainda provocam a crise da pena privativa de liberdade, ocasionando na população a descrença no direito penal e o anseio da mesma por leis mais severas, que relembram o sistema da vingança privada.

Assim, salienta Luís Francisco Carvalho Filho que

a finalidade do encarceramento passa a ser isolar e recuperar o infrator. O cárcere infecto, capaz de fazer adoecer seus hóspedes e matá-los antes da hora, simples. A prisão acessórias de um processo punitivo baseado no tormento físico, é substituído pela ideia de um estabelecimento público, severo, regulamentado, higiênico, intransponível, capaz de prevenir o delito e ressocializar quem o comete (2002, p.21)

As promessas são muitas, no entanto Filho (2002) continua a expor sobre o tema expondo que essas garantias não são efetivadas, mostrando que isso é notório através das motivações das rebeliões que ocorrem nas penitenciárias e acabam por proporcionar a elevação dos índices de reincidência, violência e criminalidade.

Contudo, se faz forçoso salientar que o *animus* social anseia por uma punição mais rigorosa e pela criação de uma legislação rígida, e

que por isso é indispensável à apreciação da Lei 7210/1984 para apreender que a norma é justa, bem elaborada e em alguns momentos também é severa, apesar de sua aplicação não ocorrer da maneira esperada.

Nessa eufonia, consoante com o entendimento do ilustre *Claus Roxin* em sua obra *Estudos de Direito Penal* (2006), o direito penal é necessário para manter a paz na comunidade, isto é, não há a possibilidade da teoria abolicionista vigorar em virtude da imprescindibilidade de uma política de controle e fiscalização do comportamento dos indivíduos. Esta teoria tem por objeto a insurgência contra a existência do Direito Penal, recusando a legitimidade do Estado para o exercício do poder punitivo, pois ressalta a disparidade entre o discurso e a prática penais, bem como a de que se criam mais problemas do que se resolvem os que já existem.

No entanto, tornar a forma de punir mais intransigente, não é a melhor solução, pois, como aduz Foucault (1987), a prisão como meio de contenção dos crimes é uma fantasia, questão abordada de forma espetacular por Maria Lúcia Karam (1991), a qual expõe que em razão da publicidade equivocada que se faz dos acontecimentos e da falsa ideia de que apenas o sistema penal rígido irá melhorar a situação da violência e da criminalidade, a população demanda por mais repressão, ou seja, a omissão e a exposição de situações infundadas pela mídia causam alienação na sociedade.

Para além desses argumentos, Karam (1991 p. 200), ainda menciona que:

estatísticas são divulgadas, sem que se aponte o fato de que a mensuração da criminalidade é de impossível realização, na medida em que o número de crimes não conhecidos é infinitamente superior ao de crimes registrados, o que impede uma afirmação real sobre o aumento ou a diminuição dos crimes efetivamente acontecidos.

Destarte, o clamor por punição mais severa resume-se em penas privativas de liberdade mais longas. No entanto, como aponta a referida autora, é indispensável a análise da realidade que se vive, abandonando a apreensão irrelevante realizada pela publicidade, tendo o poder estatal o dever de viabilizar condições dignas nas penitenciárias, as quais são completamente deficientes, para que dessa maneira o seu fim, que é a reabilitação do condenado, seja alcançado.

Este aspecto facilita a superação dessa história de violência e desigualdades, para assim satisfazer as necessidades da sociedade e para o

direito penal enfim cumprir seu papel de *ultima ratio*, reinserindo verdadeiramente quem infringi-lo e assim restabelecendo a harmonia social.

4 DAS CRÍTICAS AO SISTEMA PRIVATIVO DE LIBERDADE

Apesar dos esforços empenhados na elaboração de um sistema que desse efetivamente certo, o sistema progressivo, que é o da pena privativa de liberdade, sofre inúmeras críticas.

A principal crítica refere-se à metodologia de começar com um nível rigoroso e, ao longo do tempo, tornar-se brando. O sistema é considerado falho por muitos doutrinadores, por não conseguir certificar realmente que o indivíduo está se reabilitando.

No que tange ao sistema prisional brasileiro, o *Codex* de 1940 elegeu o sistema progressivo como paradigma, testificando a Lei de Execução Penal – 7.210/84, o caráter ressocializador da pena.

Contudo, assim como em outros países, o Brasil não propicia condições estruturais que possam alcançar a reintegração do condenado no meio social, tornando assim o sistema progressivo utópico. Isso ocorre em razão desses países não investirem em estrutura básica prevista em lei.

Consoante os dados estatísticos do Ministério da Justiça¹⁴, a população carcerária brasileira entre os anos de 1992 e 2013 aumentou em mais de 400% (quatrocentos por cento). Consta ainda da análise desses dados que, até o ano de 2013, o Brasil era o quarto país no mundo que tinha a maior população carcerária. No entanto, após os novos dados do Conselho Nacional de Justiça, o Brasil passou a ocupar o terceiro lugar no ranking mundial ficando atrás apenas dos Estados Unidos e China. Em função da nova computação de informações, passaram a considerar também as prisões domiciliares que antes eram desprezadas.

Com fulcro no resultado da pesquisa do ano de 2014¹⁵, a população carcerária do Brasil, somando o número de presos no sistema e domiciliares, chega a um total de 715.592 (setecentos e quinze mil e quinhentos e noventa e dois) presos, porém a capacidade do sistema é para 357.219 (trezentos e cinquenta e sete mil e duzentos e dezenove) pessoas.

Desse modo, há a necessidade de cerca de 50% (cinquenta por cento) a mais de vagas do que as oferecidas atualmente para conseguir

14 <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>

15 <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>

comportar de forma correta e digna a população carcerária atual. Para além da catastrófica condição carcerária brasileira, há também a questão do exame criminológico que na maioria das vezes não é realizado, sendo o mesmo indispensável para que ocorra a individualização da pena. Em razão disso, muitas vezes há a progressão indevida do regime.

Logo, a superpopulação e a carência de recursos carcerários acabam por acarretar, como aduz o renomado Cesar Roberto Bitencourt (2004), a falência do sistema prisional. Embora haja a previsão na *Lex Specialis* de assistência religiosa, educacional, social, jurídica, à saúde, ao trabalho e material ao preso e ao egresso, na prática a situação é distinta, principalmente em função de que o Estado não efetiva o que está disposto na legislação, seja por falta de recursos ou por falta de interesse.

Destarte, não obstante o interesse e a atenção dos legisladores em propiciar um ambiente e uma equipe que execute o processo de recuperação do indivíduo infrator, o sistema penitenciário não satisfaz as normas legais, provocando assim uma situação de pânico social em razão do crescente número de reincidentes.

Alguns exemplos históricos brasileiros, consequências da falta de estrutura e superlotação carcerária foi o desastre que ocorreu em 1992 na Casa de Detenção em São Paulo, conhecido como “Carandiru”, que culminou no falecimento de mais de 250 custodiados, bem como o massacre que aconteceu em 2002 no Presídio de Urso Branco em Rondônia, onde vários presos foram mortos¹⁶, e a rebelião que sobreveio entre 2013 e 2014 na Casa de Detenção do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, na qual houve a destruição de várias celas por parte dos custodiados.

Em dados advindos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁷ entre os meses de março de 2012 a fevereiro de 2013, foram registrados no Brasil mais de 120 rebeliões e só no presídio de Pedrinhas, no Maranhão, ocorreram 62 mortes. O presídio contava com uma superpopulação de 2.186 detentos, ultrapassando em 400 o número de detentos além de sua capacidade que é de 1770.

Para, além disso, com fulcro na inspeção que o CNJ fez em conjunto com o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)¹⁸ foi verificado que o Complexo Penitenciário de Pedrinhas não tinha como

16 Em 2002, uma rebelião de detentos terminou com 27 mortes no Presídio de Urso Branco, em Rondônia. Foi o pior massacre em um presídio desde o Carandiru, em 1992. O episódio rendeu ao Brasil um processo na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, que ainda monitora o local. Na época, a rebelião ocorreu após confronto de facções criminosas rivais. Detentos foram decapitados e tiveram os corpos mutilados e esquartejados. Em 2008, o então procurador-geral da República, Antônio Fernando Souza, pediu a intervenção federal no presídio.

17 <http://s.conjur.com.br/di/relatorio-cnj-presidios-maranhao.pdf>

18 <http://www.cnmp.gov.br/portal/noticia/3486-dados-ineditos-do-cnmp-sobre-sistema-prisional>

garantir a integridade física de ninguém que passasse ou estivesse naquele local, considerando que:

nas unidades visitadas, o acesso a alguns pavilhões era precedido de negociação com os líderes das facções. Os chefes de plantão e diretores das unidades não eram capazes de garantir a segurança da equipe que inspecionava a unidade, sob o fundamento de que as facções poderiam considerar a inspeção em dia de visita íntima como um ato de desrespeito. Os próprios servidores da administração penitenciária informam que os presos novos são obrigados a escolher uma facção quando ingressam nas unidades do complexo penitenciário de Pedrinhas. No Centro de Detenção Provisória as celas não possuem grades, o que possibilita a circulação de todos os presos sem qualquer restrição. Esta impossibilidade de separação dos presos inviabiliza a garantia de segurança mínima para os presos sem posto de comando nos pavilhões. Em dias de visita íntima no Presídio São Luís I e II e no CDP, as mulheres dos presos são postas todas de uma vez nos pavilhões e as celas são abertas. Os encontros íntimos ocorrem em ambiente coletivo. Com isso, os presos e suas companheiras podem circular livremente em todas as celas do pavilhão, e essa circunstância facilita o abuso sexual praticado contra companheiras dos presos sem posto de comando nos pavilhões. O número excessivo de mortes em um único ano (60) é outro fato revelador da necessidade da comunhão de esforços para organizar o sistema prisional do Maranhão. A extrema violência é a marca principal das facções que dominam o sistema prisional maranhense. Um vídeo enviado pelo presidente do sindicato dos agentes penitenciários mostra um preso vivo com a pele do membro inferior dissecada, expondo músculo, tendões, vasos e ossos, tudo isso antes de ser morto nas dependências do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (Conselho Nacional de Justiça. Relatório de Inspeção nos Estabelecimentos Prisionais do Maranhão, p. 6 e 7).

Destarte, como aduz o ilustre jurista italiano Alessandro Baratta, em sua obra *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* (1993), dentre os mecanismos existentes na política criminal o Direito Penal é o mais desapropriado em virtude da violência que está intrínseca ao seu funcionamento, como foi possível visualizar nos exemplos citados em epígrafe. Por isso, para que haja a inversão de tal situação, é imperioso que a sociedade exija do Estado a execução de políticas públicas eficientes, com a promoção dos investimentos necessários nas penitenciárias, o que acarretaria uma resposta positiva no que tange à ressocialização do apenado. Além disso, é forçoso que o meio social coopere na reinserção do condenado, possuindo o mesmo o dever de respeito e aceitação daquele, pois unicamente desta forma ocorrerá efetivamente sua reabilitação.

5 MEDIDAS ALTERNATIVAS OU POSSIBILIDADES À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A pena privativa de liberdade é utilizada como arquétipo na maioria dos sistemas penais do mundo, sendo o seu propósito a ressocialização do condenado. No entanto, o seu desígnio, em regra, não é

atingido e em razão disso foram criadas possibilidades alternativas à pena de prisão que são meios pelos quais se impede a privação da liberdade do indivíduo.

Tal instituto surge com o desiderato de efetivar verdadeiramente a ressocialização do condenado através do convívio social, integrando-o na sociedade e cumprindo assim o objetivo do Estado Democrático de Direito e só passou a ecoar com mais veemência em nossa legislação no fim dos anos 70 com a edição da Lei 6.416/77 que instituiu os regimes semiaberto, aberto e posteriormente com a reforma penal de 1984.

O sistema punitivo fundado na ideia central do caráter retributivo e preventivo da pena se mostrou de forma insuficiente em resposta a criminalidade. Sica (2002) destaca que o impacto da criminalidade por vezes sufocam as penas do tipo substitutivas ou ainda as medidas alternativas, a exemplo da edição da Lei 8072/90 de Crimes Hediondos.

Contudo, inovações legislativas, a partir da segunda metade da década de 90, deram conta de sob o objetivo do desafogamento do sistema penal introduzir medidas e penas que acabaram por, de certa maneira, romper com os aspectos até então existentes.

Nesse contexto, Mirabete¹⁹ (2007) apud Izabel Gomes (2009, p. 19) em *Medidas alternativas à prisão: significado e alcance socioeducativo*, afirma:

diante da já comentada falência da pena privativa de liberdade, que não atende aos anseios da ressocialização, a tendência moderna é procurar substitutivos penais para esta sanção, ao menos no que se relacione com os crimes menos graves e aos criminosos cujo encarceramento não é aconselhável. O questionamento a respeito da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma "procura mundial" de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade.

Como exemplos destas soluções alternativas mencionadas por Mirabete (2007), tem-se a Lei 9.099/1995, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e a Lei 9.714/98, das novas penas Restritivas de Direito.

A primeira tem por finalidade introduzir um modelo consensual para as infrações de menor potencial ofensivo e por meio de princípios como a celeridade e a simplificação dos seus atos estabelecem alguns substitutos à pena de prisão. Dentre eles, a norma dispõe sobre a transação penal ou aplicação imediata de pena alternativa e a suspensão condicional do processo.

Sendo a suspensão condicional do processo descrita no art. 89 da

19 GOMES, Izabel Fernandes. *Medidas alternativas à prisão: significado e alcance socioeducativo*, 2009. Disponível em: < http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/743/1/2009_IzabelGomes.pdf >. Acesso em: 03/01/2014.

lei 9099/1995, o qual dispõe que a mesma poderá ser apresentada pelo Ministério Público no momento do oferecimento da denúncia, desde que a pena mínima seja inferior ou igual a 1 (um) ano e que o réu não esteja sendo processado ou condenado por outro delito e, além disso, não pode infringir os requisitos necessários para a concessão da suspensão condicional da pena.

Ademais, quando o acusado aceita a proposta, passa por um estágio de prova o qual varia, de acordo com a lei, entre dois e quatro anos. Durante esse período, o réu submete-se a algumas condições previstas lei, como a reparação do dano, sempre que houver possibilidade, a vedação de comparecer em determinados locais e o comparecimento periódico em juízo para justificar suas atividades.

É válido dizer que, no momento em que o acusado aceita o substituto alternativo, não está confessando que é culpado, apenas beneficia-se de um instituto a partir da observância do caso concreto e do respeito aos requisitos indispensáveis para a disponibilização do mesmo. Com supedâneo em tal informação, não há, portanto, o julgamento do processo, mas, como afirma o ilustre doutrinador Fernando Capez em sua obra *Direito Processual Penal*, p. 554 (2009) trata-se somente da adoção de:

instituto despenalizador, criado como alternativa à pena privativa de liberdade, pelo qual se permite a suspensão do processo, por determinado período e mediante certas condições. Decorrido esse período sem que o réu tenha dado causa à revogação do benefício, o processo será extinto, sem que tenha sido proferida nenhuma sentença.

Outrossim, há também o instituto da transação penal, que é fixado pelo art. 76 da Lei dos Juizados Criminais, o qual estipula que, havendo a representação ou tratando-se de ação penal pública incondicionada, não se tratando de circunstância que gere o arquivamento, o Ministério Público fará a proposta de transacionar o acontecimento, substituindo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos ou multa, desde que observadas as exigências estabelecidas em lei.

Neste sentido, Sica (2002) aduz que a Lei 9.099/95 tem a nítida intenção da aplicação da pena não privativa de liberdade, antes do oferecimento da acusação como também sem antes discutir a questão da culpabilidade.

Contudo, as hipóteses descritas acima são exemplos de medidas alternativas. Porém, é imperioso salientar a diferenciação existente entre pena alternativa e medida alternativa. A primeira busca punir atra-

vés de uma possibilidade viabilizada, por exemplo, pela legislação que não seja a pena privativa de liberdade, e a segunda obsta a sanção por meio da prisão disponibilizando as situações supracitadas.

Desse modo, ao fazer uma análise do sistema penal é possível perceber que ao longo do tempo as penas tendem a ser mais suaves, pois, como versa com maestria Claus Roxin (2012), cada vez mais há o surgimento de novos crimes, forçando assim a busca por meios alternativos a pena de prisão, em virtude do Estado não ter estrutura para comportar todos os infratores no regime carcerário.

Já a Lei 9.714/98, quanto às novas penas restritivas de direitos, foi ampliada. *Ipsis litteris*:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – (VETADO)

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana.

Com isso, o renomado Roxin (2012) afirma que diante deste paradigma as penas como as de multa terão uma grande importância nesse novo sistema, tal como a prisão domiciliar ou ainda a vedação de dirigir. Para ele, meios social-terapêuticos, trabalhos de utilidade em comum, isto é, a prestação de assistência a instituições do poder estatal e a reparação voluntária, se darão de forma que o agente possa vir reparar o dano causado a outrem.

Leonardo Sica (2002) também apoia a possibilidade de penas pecuniárias, destacando que as mesmas têm aplicação larga e remota no Direito Penal, no entanto deve ser cominada e aplicada de acordo com a natureza do crime e principalmente em atenção aos interesses e direitos do réu, da vítima e da coletividade.

Destarte, conclui Roxin (2012, p.19):

diversificação ou a pena de multa são meios mais humanos, baratos, e, na esfera inferior da criminalidade, mais eficientes do ponto de vista preventivo que a privação de liberdade. Todos os argumentos, portanto, são favoráveis a uma suavização do direito penal.

Quanto a prestação de serviços comunitários, Leonardo Sica (2002) a considera como uma forma de viabilizar o processo de diálogo e integração social, mas também chama atenção de que a aplicação da

mesma é restrita e poderia ter sido enriquecida, fazendo com que fossem eliminados os resquícios de um trabalho forçado e que possibilitasse um maior vínculo de dever ético entre o indivíduo e a sociedade.

Nos últimos anos, o Ministério da Justiça tem estimulado a instalação de Varas Criminais Especializadas no cumprimento de penas alternativas. Há unidades em Alagoas, no Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, no Pará, no Paraná, em Pernambuco, no Rio de Janeiro e em São Paulo.

Nessa perspectiva, os meios alternativos só tendem a crescer estabelecendo um novel paradigma que além de descarregar o Poder Judiciário, que em virtude da imensa demanda, na maioria das vezes os crimes de menor gravidade possuem o desfecho com uma promoção de arquivamento, com base na prescrição da pretensão punitiva estatal, ratificando a sensação de impunidade, também pune a conduta reprovável de maneira equilibrada, efetivando assim, a real ressocialização do indivíduo.

Outrossim, é imperioso trazer a baila outro sistema que se apresenta como uma alternativa ao modelo clássico de sanção (pena privativa de liberdade) e está presente em alguns artigos da Lei 9.099/95, chamada de justiça restaurativa. Esta espécie tem como escopo a resolução de conflitos com a reparação dos danos causados a partir de um protótipo não punitivo, a fim de reconstruir os elos rompidos entre a sociedade, vítima e ofensor.

Este modelo surgiu em 1970 nos Estados Unidos incentivando a mediação entre as partes. Nos mesmos moldes, posteriormente foi adotado na Austrália, Reino Unido e Nova Zelândia. No Brasil, a justiça restaurativa foi implantada em Porto Alegre e atualmente após implementação do Projeto Justiça para o Século 21 desenvolve atividades restaurativas que solucionam conflitos de forma célere e eficiente.

Conforme Karina Duarte Rocha da Silva (2007, p. 23):

a Justiça Restaurativa pressupõe dois aspectos centrais. Primeiramente, a mudança no procedimento de se lidar com o crime, para que o processo penal não promova a exclusão e a estigmatização, mas, pelo contrário, para que ele seja um instrumento de inclusão e empoderamento⁵⁷ das partes, sempre atento às garantias e direitos fundamentais. Em segundo, implica na alteração dos valores que fundamentam o sistema penal, para que ele não seja conduzido pelo desejo de vingança e retribuição do mal, porém pelo anseio de reconciliação e reparação⁵⁸. Pressupõe-se que acrescentar um mal a outro mal não o transforma em bem, sendo preferível primar por um ambiente de reconstrução social.

Desta maneira, este novel paradigma considera a cooperação entre as partes imprescindível para a estabilização do atrito, visando reconstruir a relação existente entre as pessoas envolvidas e promover a recomposição dos danos causados por determinado fato alcançando todos os indivíduos afetados. Assim, as partes possuem um papel ativo no procedimento desenvolvido na justiça restaurativa, ao contrário do que ocorre na justiça retributiva, na qual as pessoas envolvidas assistem passivamente o Estado-Juiz aplicar certa sanção em face do ofensor, instruída sempre pela técnica imposta pelo sistema jurídico.

Nessa toada, é perceptível que esta alternativa não tem como objeto o delito praticado, contudo o conflito que resulta no crime, dando enfoque a vítima, comunidade e ofensor oportunizando a estes a visualização do impacto de suas atitudes, o que de fato ressocializa, restaura o indivíduo.

Entretanto, a implantação desse modelo no Brasil mostra-se restrito em razão dos princípios que regem o processo penal pátrio, dentre eles a indisponibilidade da ação penal pública e a legalidade. Com isso, em conformidade com os preceitos do primeiro, o Ministério Público possui a obrigatoriedade em iniciar uma ação penal nos casos em que o crime for de ação penal pública incondicionada. Quanto ao segundo, a instrução processual deve ocorrer com fulcro nos ditames legais, inexistindo a possibilidade da utilização do juízo de conveniência e oportunidade.

Malgrado a circunstância exposta em epígrafe e com o advento da Constituição Federal de 1988, com o Estatuto da Criança e do Adolescente e em especial, com a Lei 9.099/1995, possibilitou-se a aplicação de um modelo restaurativo em casos específicos.

São exemplos a conciliação, a composição civil e a transação penal nas situações que envolverem delitos de menor potencial ofensivo, assim denominados as infrações cuja pena máxima seja igual ou inferior a 2 (dois) anos, cumulado ou não com a pena de multa. Ademais, é possível também a aplicação da suspensão condicional do processo se a pena mínima do crime praticado não for superior a 01 (um) ano.

Para além disso, nos crimes praticados contra os idosos, com fulcro no art. 94, da Lei 10.741/2003 é possível aplicar os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, nos crimes cuja pena máxima não supere 04 (quatro) anos. De igual modo o Estatuto da Criança e do Adolescente valoriza esse instituto já que pode ser concedida a remissão e até mesmo a reparação do dano.

Assim, o procedimento restaurativo observando os princípios e leis que regulam o Estado Democrático de Direito reproduz um caminho para tornar a aplicação do direito penal e processual penal mais justa e com o fito de efetivar a promoção da dignidade humana, paz social e real inclusão do ofensor na sociedade.

4 CONCLUSÃO

A compreensão do significado de controle social e a conseqüente necessidade de manutenção da paz social e controle da violência fizeram do Estado o titular das sanções penais e o alvo de discussão deste trabalho.

No entanto, para atingir o objetivo de apresentar alternativas à pena privativa de liberdade, foi explanado com clareza solar os fundamentos e especificações que caracterizam a relação sanção penal x Estado, principalmente porque esta se encontra em total colapso, haja vista as intempéries pelas quais estão sujeitos aqueles que estão em cárcere no Brasil, citadas ao longo do texto, tais como a falta de higiene, falta de bases estruturais, bem como a ausência de alimentação adequada, entre outros.

Nesse cotejo, foram identificadas quais as teorias que legitimam o papel do Estado como agente de coerção e de controle social, onde se encontram as contestações a esta legitimidade e, ainda, como esse papel do Poder Público se concretiza, já que a sua finalidade de ressocialização está cada vez mais sufocada pelas dificuldades que enfrenta o sistema penitenciário brasileiro. A sua história e seus inúmeros problemas foram abordados, aclarando que o escopo e a função da pena não estão sendo alcançados, pelo menos na grande maioria dos casos.

Destarte, as medidas substitutivas e as alternativas às penas privativas de liberdade são um caminho a ser seguido, haja vista a incapacidade do sistema penal brasileiro operar com justeza para atingir sua finalidade. Desse modo, o emprego de medidas que não privem a liberdade daqueles que cometeram algum ilícito penal poderá vir a se constituir numa nova resposta aos anseios da sociedade brasileira no que tange o objetivo finalístico da pena, que é o de reintegrar o indivíduo no meio social.

Ante o exposto, excluindo ou não o cárcere, as alternativas penais apresentam sanções que não afetam exclusivamente a liberdade do indivíduo, mas principalmente faz com que aquele que praticou o crime

não precise ser afastado do convívio social. Assim, mantendo-se a carga coercitiva da sanção, o infrator terá, através do seu envolvimento em prestação de serviços à comunidade, por exemplo, o fortalecimento do sistema penal como um consenso, mantendo intacto o sentimento do cumprimento da lei na medida em que cumpre sua pena, fortalecendo assim a consciência do respeito às normas.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Maria Amélia do. **A reinserção social do apenado:** necessidade de políticas públicas efetivas, 2012. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2497034.PDF>>. Acesso em: 03/01/2014.
- ARRUDA, Sande Nascimento de. **A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público.** Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerario-brasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp>>. Acesso em: 22/12/2013.
- ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro,** 2007. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/949/1122>. Acesso em: 20/12/2013.
- BAYER, Diego Augusto. **A origem das penas e das prisões e a maximização do Direito Penal como forma de repressão do delinqüente,** 2013. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10428>. Acesso em: 19/12/2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crise da Pena privativa de liberdade,** 1992. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1283280551.pdf>. Acesso em:
- _____. **Falência da Pena de Prisão:** causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Tratado de direito penal:** Parte Geral
1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BORGES, Carlos Augusto. **O sistema progressivo na execução da pena e a realidade carcerária.** Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=eb9828c3-73b2-4964-91a1-e3ff6107a36a&groupId=10136. Acesso em: 02/01/2014.

BRASIL. Código Penal: **Decreto-lei N° 2.848**, DE 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 03/01/2014.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório de Inspeção nos Estabelecimentos Prisionais do Maranhão**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cnj-presidios-maranhao.pdf>. Acesso em: 01/05/2015.

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **Dados inéditos do CNMP sobre o sistema prisional**. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/noticia/3486-dados-ineditos-do-cnmp-sobre-sistema-prisional>. Acesso em: 02/05/2015.

BRASIL, **Lei N° 9.099, DE 26 de setembro de 1995**. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 03/01/2014.

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Execução Penal. Sistema Prisional**. Dados 2012. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437AA5B622166AD2E896}&BrowserType=NN&LangID=ptbr¶ms=itemID%3D{364AC56A-DE92-4046-B46C-6B9CC447B586}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>. Acesso em: 03/01/2014.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. A prisão. **São Paulo**: Publifolha, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Direito Processual Penal**. 16ª ed., Editora Saraiva, 2009.

CRUZ, Rafaela Alban. **Justiça Restaurativa: um novo modelo de Justiça Criminal**. Disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/11-Justica-Restaurativa:-um-novo-modelo-de-Justica-Criminal>. Acesso em 29 de junho de 2015.

D'ÁVILA, Juliana Sodré. **A ressocialização do apenado em face à falência da pena de prisão**, 2008. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Juliana%20Sodre%20Davila.pdf> >. Acesso em 28/12/2013.

DI LASCIO, Andrelize Guaita, TELLES, Thiago da Nova. **Alternativas a pena privativa de liberdade**, 2008. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=510>>. Acesso em 28/12/2013.

ENGBRUCH, Werner, DI SANTIS, Bruno Moraes. **A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo.**

Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerario-brasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp>>. Acesso em: 21/12/2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. Tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987.

GOMES, Izabel Fernandes. **Medidas alternativas à prisão:** significado e alcance socioeducativo, 2009. Disponível em: < http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/743/1/2009_IzabelGomes.pdf>. Acesso em: 03/01/2014.

GROSSO, Wagner Alberto. **História do Carandiru.** Disponível em: < <http://acessajuventude.webnode.com.br/historia-do-carandiru/>>. Acesso em: 01/05/2015.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** Rio de Janeiro: Luam, 1991.

MACEDO, Maria Fernanda Soares. **Justiça Restaurativa:** a importância da participação da vítima na pacificação dos conflitos. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/404/337. Acesso em: 29 de junho de 2015.

MARTINS, Heloisa dos Santos, **O caráter ressocializador da atividade laborativa.** Disponível em: < <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1176/1125> >. Acesso em: 21/12/2013.

NEUMAN, Elias. **Evolución de La Pena Privativa de Libertad y Régimnes Carcelarios. Buenos Aires:** Criminalia, 1965.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Sistema penitenciário e parcerias público privadas.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7643/sistema-penitenciario-e-parcerias-publico-privadas>. Acesso em 20/04/2015.

PONTUAL, Helena Daltro. **Sistema Penitenciário.** Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/sistema-penitenciario>>. Acesso em: 19/12/2013.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 9 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª ed. trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Pena Prisão**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

SILVA, Alexandre Calixto da. **Sistemas e regimes penitenciários no Direito Penal brasileiro**: uma síntese histórico/jurídica, 2009. Disponível em: <[http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/DISSERTACAO%20ALEXANDRE%20CALIXTO\[1\].pdf](http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/DISSERTACAO%20ALEXANDRE%20CALIXTO[1].pdf)>. Acesso em: 28/12/2013.

SILVA, Karina Duarte Rocha da . **Justiça Restaurativa e sua Aplicação no Brasil**. Disponível em: http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/1_con_Karina_Duarte.pdf. Acesso em: 29 de junho de 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. v.1. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

A redução da maioria penal na contramão da ciência

Francine Mariolga dos Reis Guedes¹

RESUMO: Este estudo procura trazer a lume as descobertas da moderna neurociência que podem, no campo jurídico, remodelar as discussões em torno do tema da redução da maioria penal, no Brasil. Neste trabalho, a proposta é relacionar a análise dogmática da imputabilidade por menoridade penal com os conhecimentos da neurociência, evidenciando que o fator etário é decisivo, em mentes normais, no ciclo de maturidade cerebral, de maneira que a resposta de uma mente, ainda em formação, equivale aos efeitos de uma enferma ou lesionada, no processo de tomada de decisão. Além disso, será realizado um estudo da legislação, contraponto aos posicionamentos da doutrina. Com base nesses informes, a conclusão que se obtém é que a proposta de redução da maioria penal se revela descompromissada com a realidade, servindo puramente de instrumento simbólico para amenizar a ineficiência estatal de combate à criminalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Redução da maioria penal; imputabilidade; neurociência

RESUMEN: Este estudio busca traer a la luz las descubiertas de la moderna neurociencia que pueden, en el ambito jurídico, remodelar las discusiones en torno al tema de la reducción de la mayor edad penal, en Brasil, en este trabajo, la propuesta es relacionar el analize del dogma de la imputabilidad por menor edad con los conocimientos de la neurociencia, haciendo evidencia a que el factor etario es decisivo, en mentes normales, en el ciclo de la maturidad cerebral, de forma que la respuesta de una mente, aún en formación, equivale a los efectos de una enferma o lesionada, en el proceso de tomada de decisiones. ademas de eso, sera realizado un estudio de la legislación, contrapunto a los posicionamientos de la doctrina. Con base en estos informes, la conclusión que se obtiene es que la propuesta de reducción de la mayoría de edad legal se revela sin compromiso con la realidad, sirviendo meramente de instrumento simbólico para amenizar la ineficiencia estatal de combate a la criminalidad.

PALABRAS-CLAVE: Reducción de la mayor edad legal. Imputabilidad. Neurociencia. Humanización.

A barbaridade e requinte de crueldade com que alguns jovens, crianças e adolescentes, nos termos da Lei nº 8069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente – cometem infrações penais, desperta na sociedade grande inquietude, motivando eclosão de grande discussão acerca da necessidade de reduzir a maioria penal. As opiniões são dissidentes.

A política criminal de redução da maioria se adéqua ao *standard* de “tolerância zero” que a sociedade anseia ante a ineficiência da estrutura oficial de combate a criminalidade. Aqueles que defendem esta bandeira acreditam que com o enrijecendo das penas para os adolescentes, o Estado estaria dando efetividade às funções preventiva e retributiva da pena, evitando que o véu da menoridade sirva como instrumento de impunidade, bem como permitindo o desmantelamento

¹ Sócia-Advogada do escritório Lacerda e Guedes Consultoria e Assessoria Jurídica. Professora de processo Civil da Faculdade FACEMP. Assessora Jurídica Municipal. Especialista em Ciências Criminais. Mestranda em Ciências Criminológicas – forenses – UCES – AR.

do esquema de muitas organizações criminosas, que utilizam menores para prática delitiva, incentivadas pela suposta maleabilidade do tratamento punitivo dado aos menores infratores.

É cada vez mais frequente se observar pessoas que endossam, de forma açodada e pouco refletida, uma ampliação do tratamento penal, pugnando por ainda mais severidade nas consequências de uma infração, referendando, igualmente, a tese da mínima ou menor elegibilidade do cárcere, que advoga a ideia de que as condições do encarceramento devem ser piores do que a pior condição existente fora dele, frisando a finalidade da prevenção geral da pena e servindo ao interesse da cultura cívica moralizante, comum às raias da ideologia neoliberal.

WAQUANT (2007, p.390) destaca que a ira da massa, apoiada pelos holofotes da mídia, desencadeia uma comoção responsável pela instalação do direito penal de emergência, que visa atender simbolicamente a contenda social:

[...] como muitas outras medidas de forte teor simbólico, adotados por ocasião dos pânicos midiáticos-políticos que caracterizam a irresistível ascensão da gestão penal da insegurança social (tais como as sentenças que perpetuam automática por dupla recidiva, aumento das penas dos delinquentes juvenis e as penas mínimas obrigatórias de reclusão simples por simples posse de entorpecentes), as “leis de Megan” foram votadas de afogadilho, num clima passional, contrariando todo o bom senso penológico. (WAQUANT, 2007, p.390)

Foi justamente isso que motivou a propositura de Proposta de Emenda a Constituição, tendente a alterar o art. 228 da Magna Carta, com o objetivo de reduzir a maioridade penal. A justificativa funda-se nos seguintes argumentos:

Não se pode questionar o fato de que sob a proteção deste mesmo estatuto (ECA), menores infratores, muitas das vezes patrocinados por maiores criminosos, praticam reiterada e acintosamente delitos que vão desde pequenos furtos, até crimes como tráfico de drogas e mesmo homicídios, confiantes na impunidade que a Constituição e o ECA lhes conferem.

É o caso, por exemplo, de Genilson Torquato, de Jaguaratama, no Ceará, hoje já maior de idade e livre, assassino confesso de 11 pessoas, dos 15 aos 18 anos. Ou do adolescente de Maringá, conhecido como o “Cão de Zorba” que confessou ter matado 3 pessoas e teria encomendada a morte de mais 4. [...]

[...] Compreendemos perfeitamente os riscos de se legislar em função de casos específicos, dando um caráter geral ao que poderia ser tratado de forma particular, especialmente em se tratando de reforma da nossa ainda jovem Constituição. Também somos contra o que se con-

vencionou chamar de “legislação penal de urgência”, em que o legislativo se move motivado por tragédias ou crimes que chocam a comunidade, com grande repercussão midiática.

Mas algo precisa ser feito em relação a determinados e específicos os, que infelizmente têm se proliferado à sombra da impunidade e longe do alcance de nossas leis.”

Os instrumentos de alteração constitucional estão indiscriminadamente sendo utilizados para aplacar a ira e a revolta popular, cumprindo um papel político-ideológico. É o que se vem chamando de Direito penal simbólico.

Muito embora os parlamentares reconheçam que algo precisa ser feito, e que o direito penal não pode servir de termômetro, tendo em vista os direitos envolvidos, o que se acaba propondo é uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo para imunizar o sistema político em detrimento de alternativas mais eficazes.

Em contraponto, os que discordam da proposta reducionista, acreditam que o Estado não pode transferir a incapacidade de controle da criminalidade, e ineficácia da política de ressocialização dos menores infratores para abafar e satisfazer como placebo o clamor de vingança social.

A ânsia sanguinária de vingança social, de impor a mudança etária da inimizabilidade por imaturidade natural, contudo, não se coaduna com a normativa constitucional do ordenamento brasileiro, nem com os conhecimentos da ciência. Vejamos:

A Constituição Federal estabelece, *in verbis*:

Art. 228 – São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.” (Brasil, Constituição Federal, 1988)

Da mesma forma, estabelece o Código Penal:

Art. 27 Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” (Brasil, Código Penal, 1941)

A definição legislativa de considerar inimputáveis os menores de 18 anos pauta-se na presunção de que os menores que esta idade, como disse Rogério Greco (2007, p.399): “não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita imputar a prática de um fato típico e ilícito.”

Foi adotado, nesse ponto, um critério objetivo de idade, mas com

bases, nas palavras de Greco (2007, p.399) “puramente biológica”.

Não é despreciando destacar que a definição da inimputabilidade por imaturidade natural, no texto Constitucional, não pode ser considerada obra do acaso. Há que se reconhecer que o legislador constitucional teve preocupação de garantir a proteção aos “menores”, sufragando os direitos do Estatuto da Criança e do Adolescente-Lei nº 8079/90.

A proteção que aqui se destaca diz respeito a impor certa dificuldade à improficua intenção de modificar tal conceito, tendo em vista que, em se tratando de norma constitucional, somente por meio do procedimento legislativo reservado as emendas constitucionais, poder-se-ia admitir a alteração do conceito de inimputabilidade por menoridade. Isto para aqueles que não entendem tratar o dispositivo em comento de cláusula pétreia, porque o artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal indica que os direitos e garantias individuais não poderão ser modificados, sendo que tais direitos recebem a alcunha de cláusulas pétreas. O STF, no MS-Agr 24667/DF[1], decidiu que “a potencial inconstitucionalidade de querer promover a redução da maioria fere vários dispositivos constitucionais, ensejando Mandado de Segurança”.

Dalmo Dallari ratifica a ideia de imutabilidade do artigo 228 da Magna Carta, por considerá-la cláusula pétreia, consoante informe O Estado de São Paulo:

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) entrará com mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal (STF) para tentar bloquear a tramitação no Congresso da Proposta de Emenda Constitucional que reduz a maioria penal de 18 para 16 anos, aprovada nesta quinta-feira pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado. O instrumento será utilizado com base no entendimento de que a medida é inconstitucional, sob o argumento de que a maioria penal é uma cláusula pétreia da Constituição. A ação tem o apoio da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude e será redigida pelo jurista Dalmo Dallari. “Segundo a Constituição, não pode ser objeto de deliberação emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. E não responder criminalmente é direito individual do menor.” Para o jurista, a solução para a criminalidade é conhecida: Acesso dos jovens à educação e trabalho”. (OLIVEIRA, MARQUES, 2007)

Contudo, deve-se, aqui, fazer um destaque que, a proteção que se deve fazer vai além da discussão ontológica da norma, mas dos fundamentos científicos que a validam, no ordenamento.

Admitir a alteração pura e simplesmente por vontade política, *data vênia*, ignorando a sua essência, e pulverizando os antecedentes genealógicos, é condenar o direito a eterna escravidão do positivismo[2] mais perverso.

E O QUE OS ESTUDOS MÉDICOS EVIDENCIAM?

As bases de sustentação da menoridade penal no Brasil estão firmadas, tradicionalmente, na ideia de que os menores de 18 anos são pessoas com personalidade em desenvolvimento, incapaz de entender o caráter ilícito dos seus atos. Nessa linha, Paloma Barreto (2013) citando a declaração da Federação Nacional de Psicólogos (Fenapsi) conceitua a adolescência: “A adolescência é uma das fases do desenvolvimento dos indivíduos e, por ser um período de grandes transformações, deve ser pensada pela perspectiva educativa”.

Partindo da ideia de ser em desenvolvimento, cujas estruturas neuro-emocionais ainda estão em constante metamorfose, a Convenção internacional sobre os Direitos da Criança apela para as nações para que estabeleçam uma idade mínima, abaixo da qual as crianças devem ser consideradas como incapazes para infringir a lei penal. Mas a Convenção não estabelece uma idade específica. Esse é problema.

Padrões internacionais, como as Regras de Beijing para a justiça juvenil, recomendam que a idade de responsabilidade criminal deva basear-se em maturidade emocional, mental e intelectual.

Sobre essa questão da maturidade emocional e os estudos da mente, têm despontado pesquisas sobre a região do cérebro denominada córtex pré-frontal, últimas a lograr amadurecimento e responsável justamente pela capacidade emocional-moral. Segundo explica André Frazão Helene, neurocientista da USP, citado em Barreto (2013): “Diferentes estudos indicam que comportamentos tipicamente humanos, como a tomada de decisão lógica e capacidade de articulação de estratégias, são funções relacionadas ao córtex pré-frontal.” E, acrescenta:

Se observarmos seu desenvolvimento, veremos que há um aumento do volume dessa área durante a adolescência, mostrando que ele não está totalmente formado até então. Também parece haver uma estruturação fina da conectividade dos neurônios. Por essa razão, se pode dizer que adolescentes têm um padrão diferente de atribuições de valores para a tomada de decisões, quando comparado a adultos, em função das diferenças neurobiológicas. (BARRETO, 2013)

Segundo Daniel H. Silva, Ezequiel Mercurio e Florencia López (2012, p.44) as modernas neurociências trazem a tona informações valiosas para condução dessa questão, através da demonstração do desenvolvimento cerebral ao longo das diferentes etapas da vida. Nessa linha, os especialistas demonstraram a importância das regiões frontais do cérebro na tomada de decisões. O córtex, por exemplo, que é responsável por tomar as decisões

e controlar os impulsos, só pode ser considerado maduro perto dos 21 anos.

Os citados Mestres argentinos destacam a atuação da Associação Médica Americana e Associação psiquiátrica Americana, como *amicus curiae*, em uma causa perante a Corte Suprema dos Estados Unidos, que livrou da condenação à morte um adolescente de 17 anos, que havia cometido um homicídio. A Suprema Corte embasou sua decisão em documento confeccionado pelas citadas Associações, que concluía que o cérebro permanece em desenvolvimento até 21 anos e são as regiões frontais são as últimas a lograr amadurecimento.

Dentro desta perspectiva, a inimputabilidade do menor estaria relacionada a uma incapacidade de valorar as condutas, que compromete o mecanismo de tomada de decisões, assim, como acontece com alguns tipos de inimputabilidade por causas psiquiátricas. Não se trata de comprometimento da razão, da inteligência, mas da afetividade.

Isto porque, a imaturidade cerebral aliada a um precário controle de impulsos, maior emocionalidade e dificuldade de prever as consequências de suas ações, acabam por comprometer diretamente o juízo de valor ante a tomada de uma decisão, o que, para todos os efeitos implica em inimputabilidade penal. (SILVA, MERCURIO E LÓPEZ, 2012)

Nesta senda, por razões óbvias, não poderia responsabilizar criminalmente uma pessoa incapaz de julgar qualitativamente seus atos. O Mestre argentino Caballero (1994, p.89) questiona a legitimidade do Estado de responsabilizar quem não poderia, nas condições que se encontra, agir de outro modo, ao dizer: “Esto porque un reproche moral o normativo formulado para intimidar o reprimir conductas, no va a tener el efecto esperado si el individuo carece de libertad para obrar de otra manera.”

Assim, somente quando se pode extrair certo grau de liberdade de decisão, quando, analisando as circunstâncias que o sujeito estava envolto, puder concluir que podia ter agido de outra forma, estar-se-ia diante de um sujeito imputável.

Zaffaroni (1997) já dizia que para responsabilizar se deve provar que o autor podia ter a possibilidade de compreender el “disvalor jurídico de su conducta”, e que haja atuado dentro de um certo âmbito de autodeterminação em estado de “pura opción”.

Como ensina Caballero (1994, p.69): “la imputabilidad, según se ha visto en capítulo anterior, yace en el alma, en el mundo interior del autor, su problemática roza en forma necesaria, por todos sus costados”.

O valor não pode ser posto afastado da análise da criminalidade de um ato, porque, segundo SILVA; MERCURIO E LÓPEZ (2012, p.61) “la aprehension se realiza mediante un acto superior del espíritu consistente em una intención emocional.”

O conteúdo essencial da imputabilidade, segundo Caballero (1994, p.59) é:

como conjunto de condiciones bio-psicologicas emergentes de la concreta personalidad del agente en el momento del hecho, es la aptitud o capacidad personal para comprender lo injusto o antijurídico del hecho y para dirigir las acciones conforme a esa comprensión.(CABALLERO, 1994,p.59)

A todas as luzes, é evidente que não existe no direito penal a possibilidade de aplicar uma pena pelo cometimento de um fato típico, se não tiver constatado a existência da culpabilidade.

Não se pode esquecer que o Direito não se presta a satisfazer a ânsia predadora do *jus puniendi*, nem para servir como instrumento de vingança social, senão como veículo de distribuição de justiça.

Beatriz Aginsky e Lúcia Capitão fazem apontamentos acerca desta situação social insustentável:

A violência vem sendo enfrentada de forma violenta, sem, contudo, produzirem-se ações eficazes no sentido de reverter-se o quadro de desigualdade social do país. A negação da situação atual de desigualdade social, campo fértil da criminalização, aponta para um contexto em que a privação de liberdade se estende do jovem autor de ato infracional para aqueles que, de forma passiva ou ativa, compactuam com as desigualdades sociais e com o que dela resulta. (AGUINSKY, CAPITÃO, 2008, p.261)

O pensamento conservador, por sua vez, atualiza-se no campo das políticas públicas para os adolescentes vulneráveis penalmente. Aqueles que entendem que punir é sinônimo de educar não hesitam em, rapidamente, atribuir ao adolescente, autor de ato infracional, a principal responsabilidade de toda a violência instalada no cotidiano social. O conservadorismo, então, reivindica um espaço para a juventude atrás das grades do sistema penal adulto. Forças conservadoras da sociedade tentam provar que a redução da idade penal garante a diminuição da violência urbana. Esta lógica se relaciona ao sentimento de insegurança da população diante de ações ineficazes de combate à criminalidade.

A proposta de recrudescimento do sistema, pautando em um brocardo *démodé* de “cortar o mal pela raiz”, visa satisfazer um senti-

mento maniqueísta, segundo Alexandre Bizzotto (2015), que ganha apoio na sociedade. Segundo o citado jurista, os que se enxergam como do lado do bem “veem seu poder superior como um sinal de valor mais elevado”, e exigem que se faça valer frente aqueles seres que merecem ser excluídos do convívio social por não se adequar aos padrões comuns do bem e belo.

Ainda na linha brilhante de raciocínio de Alexandre Bizzotto (2015), a melhor solução para separar os bons dos maus seria a prisão, única forma de satisfazer a ânsia de segregar e excluir os impuros da sociedade.

Note-se que, o Estado, neste caso, está servindo de mero ilusionista, atendendo os clamores de uma parte da população sedenta por “justiça”, que não se importa nem um pouco com as repercussões deletérias do aprisionamento “padrão Brasil” de adolescentes, caso sejam tratados como adultos.

CONCLUSÃO

Partindo das considerações dos estudos das modernas neurociências, o tema da imputabilidade por imaturidade natural, segundo a definição de Rogério Greco (2007), adotada neste trabalho, reveste-se de maior densidade, sobretudo porque ressoa nos fundamentos de validade do ordenamento.

A discussão acerca a alteração legislativa da definição etária da inimputabilidade por causas biológicas, perpassa por enfrentar caminhos mais nebulosos do que a mera discussão ontológica da norma que define seu conceito, como nos debruçamos no capítulo anterior. Transcende a mera juridicialidade, para se firmar como assunto das ciências naturais.

Isto porque a responsabilidade penal está atrelada a ideia de liberdade de vontade, que o indivíduo deve gozar no momento da prática delitiva. E esta liberdade, segundo as neurociências, somente é possível quando se aperfeiçoa o amadurecimento da mente, sobretudo no que diz respeito à região encarregada das emoções e moral.

Ao contrário do que se pensava a razão e inteligência não são decisivas para definir se o sujeito tem capacidade de entender suas ações. Esta é uma análise rasa, segundo os conhecimentos da moderna neurociência. A inimputabilidade estaria relacionada a uma incapacidade de valorar as condutas, que compromete o mecanismo de tomada de deci-

sões, o que se verifica tanto na inimputabilidade do adolescente quanto na inimputabilidade por causas psiquiátricas. (MOLL J., OLIVEIRA SOUZA, R. y ZAHN R, 2003)

Desta forma, por razões óbvias, não poderia responsabilizar criminalmente uma pessoa incapaz de julgar qualitativamente seus atos. (SILVA; MERCURIO E LÓPEZ, 2012)

Neste contexto, parece temerário que o Estado brasileiro se árvore na arriscada manobra de ceder às pressões midiáticas, sem levar em conta os conhecimentos científicos, indispensáveis para manter estabilidade do ordenamento jurídico. Como adverte Dr. Mariano Castex (2012), em prólogo da obra de SILVA; MERCURIO E LÓPEZ (2012), jamais poderá avançar em uma adequada prevenção penal, se negar as realidades que entrelaçam as condutas em função da conveniência de uma política penal de opinião. Segundo o mestre argentino tal postura estigmatizante faz reviver o período inquisitorial, em que a realidade sucumbe ante a necessidade societária perversa.

A criminalidade juvenil deve ser combatida na origem, através de uma aplicação mais efetiva do ECA, seja com fornecimento de melhores condições de educação, de saúde e de pleno emprego aos jovens, para evitar infrações, seja por meio de tratamento adequado nas unidades de internação, reduzindo a reincidência e facilitando a ressocialização.

Além disso, a redução da criminalidade, que tanto se espera com as medidas de enrijecimento, em verdade, depende de muitos fatores articulados. Como concluiu WAQUANT (2007, p.470): “O meio mais eficaz de fazer a prisão recuar, três séculos e meio depois do seu surgimento, continua sendo e será sempre fazer avançar os direitos sociais e econômicos.”

A panaceia, e fórmulas milagrosas não se sustentam como resposta efetiva a um problema crônico e de causas bem realistas. O Estado precisa enfrentar o problema de frente, sem subterfúgios de maneira a permitir a sociedade vislumbrar um horizonte mais seguro, e não um Oasis!

REFERÊNCIAS

AGUINSKY, Beatriz; CAPITÃO, Lúcia. **Violência e socioeducação: uma interpelação ética a partir de contribuições da Justiça Restaurativa.** Florianópolis: Revista Katálysis, 2008. p. 261

ALMADA, L. F. As relações neurais de interação e integração entre

raciocínio moral e emoções. Academia.edu. [online]. Disponível em:<http://www.academia.edu/2006936/AS_RELACOES_NEURAI_DE_INTERACAO_E_INTEGRACAO_ENTRE_RACIOCINIO_MORAL_E_EMITOES_UM_DIALOGO_DAS_NEUROCIENCIAS_COM_AS_ETICAS_CONTEMPORANEAS>. Acesso em : 29 de janeiro de 2014.

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica**. 7.ed. São Paulo: Livraria Freitas Basto, 1938.

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. Curso de Direito Criminal. São Paulo.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOSA, Marcelo Fortes. Culpabilidade Conceito e evolução. APMBR. [on line] Disponível em:<<http://www.apmbr.com.br/index.id=98%3Aculpabilidade&catid=54%3Apublicacoes2&Itemid=48>>. Acesso em 28 de janeiro de 2014.

BARRETO, Paloma. A ciência e a redução da idade penal. *Jornal da Ciência*. [on line] Disponível em:<<http://www.jornaldaciencia.org.br/impreso/JC737.pdf>>. Acesso em 25 de janeiro de 2014.

BIZZOTTO, Alexandre. O juiz criminal na execução penal: controlando a caixinha de maldades.[on line] Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-juiz-criminal-na-execucao-penal-controlando-a-caixinha-de-maldades-parte-1-por-alexandre-bizzotto/>. Acesso em 22 de março de 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**. São Paulo: ícone, 1995.

CABALLERO, Jorge Frias. **Capacidad de culpabilidad penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.

GRAY, Jeremy; BRAVER, Todd; RAICHLE, Marcus. **Integration of emotion and cognition in the lateral prefrontal cortex**. PNAS. New York, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4.ed.Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GOLDBERG, E. **El cérebro ejecutivo. Los lóbulos frontales y la mente civilizada**, 2ed., Barcelona: Critica, 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: Parte Geral**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1985.

MOLL, J., de Oliveira-Souza, R., & Eslinger, P. J. Morals and the human brain: A working model. *Neuroreport*, 2003.

MOLL J., de Oliveira-Souza, R. & ZAHN R. The Neural Basis of Moral Cognition Sentiments, Concepts, and Values. New York Academy of Sciences, 2008.

NUCCI Guilherme Souza. **Manual de direito penal**. 3 ed. Revista e Atual e Amp. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Maristela Cristina de; SÁ, Marlon Marques de. Monografia: Redução da Maioridade Penal: Uma abordagem jurídica. [on line]. Interlegis. Disponível em: < <http://www.interlegis.gov.br/cidadania/infancia-e-parlamento/conanda-vaiao-stf-para-barrar-reducao-da-idade-penal>>. Acessado em 29 de janeiro de 2014.

RAMOS L e FERREIRA C. Redução da maioria penal é inconstitucional. *Conjur*. [on line]. Disponível em: <www.conjur.com.br – **redução da maioria penal é inconstitucional**.> Acesso em: 16 fev 2007.

SILVA, Daniel H., Mercurio, E., López, F. **Imputabilidad penal y neurociências**. Buenos aires: Ad hoc, 2012.

WAQUANT, Loïc. **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Trad. Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. Buenos Aires: Ediar. 1997.