

REVISTA AVANT

ISSN 2526-9879

v.1, n.2

Revista Acadêmica da Graduação em Direito da UFSC.

UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA

Revista Acadêmica AVANT

Revista da Graduação em Direito da UFSC

v.1, n.2
Florianópolis
2017

REVISTA ACADÊMICA AVANT – REVISTA DA GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFSC

Periódico Científico da Graduação em Direito da UFSC

Publicação Semestral

ISSN 2526-9879

Endereço: Universidade Federal de Santa Catarina / Campus Reitor João David Ferreira Lima - Centro de Ciências Jurídicas - Trindade - Florianópolis - Santa Catarina – Brasil. CEP: 88040-900.

http://revistaavant.paginas.ufsc.br/ - revistaavant.ufsc@gmail.com



Este trabalho está licenciado com uma Licença Creative Commons – Atribuição 4.0 Internacional.

Os trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores e não expressam a opinião da Equipe Editorial da Revista Avant ou da UFSC

REVISTA ACADÊMICA AVANT – REVISTA DA GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFSC

v.1, n.2 – 2017

Coordenação Científica

Profª. Drª. Carolina Medeiros Bahia.

Editora-Chefe

Júlia Bordin Mandelli Correa.

Corpo Editorial

Alice Felisbino Miottello; Aluana Chavegatto da Cunha e Silva; Camila Feltrin Azevedo; Carlos Vinicius Vieira Meira; Eduardo Xavier Costa Andrade; Fernanda Ruy e Silva; Gustavo Becker Monteiro; Júlia Bordin Mandelli Correa; Leonardo Freitas; Luiz Eduardo Dias Cardoso; Manoella Peixer Cipriani; Marjorie Carvalho de Souza; Marina Demaria Venâncio; Milena Barbi; Taisi Copetti; Vitória Emilia Santiago Pastro; Wyllyan Rodrigues do Nascimento.

Conselho Cientí ico

André Soares Oliveira (FAP); Alexandre Morais da Rosa (UFSC); Carolina Medeiros Bahia (UFSC); Daniel Amaral Carnaúba (UFJF); Edson Kiyoshi Nacata Junior (UFMG); Gustavo Silveira Siqueira (UERJ); José Rubens Morato Leite (UFSC); José Sérgio da Silva Cristóvam (UFSC); Vera Regina Pereira de Andrade (UFSC); Talden Queiroz Farias (UFPB).

Pareceristas *ad-hoc*

Alexandre Botelho; Ana Catarina de Alencar; Carlos Alberto Crispim; Cláudio Macedo; Daiane Tramontini; Dóris Ghilardi; Gustavo Carnesella; Felipe Pante Leme de Campos; José Sérgio da Silva Cristóvam; Leonardo Bruno Pereira de Moraes; Luana Heinen; Marco Antônio César Villatore; Marja Mangili Laurindo; Marcel Mangili Laurindo; Maureci Marcelo Velter Jr.; Pedro de Menezes Niebuhr; Robson Galvão; Rodrigo Saraiva Marinho; Suellen Patrícia Moura; Taciano Scheidt Zimmermann.

Projeto Gráfico e Diagramação

Carlos Vinicius Vieira Meira.

Editorial

Quando, em meados de 2014, alunos da Universidade Federal de Santa Catarina se reuniram em torno do desejo de construir a primeira revista acadêmica da graduação do curso de Direito da universidade, não imaginavam que esta chegaria ao segundo volume de sua primeira edição.

Para além da criação de uma plataforma que propiciasse aos estudantes a publicação de trabalhos acadêmicos e a consequente valorização curricular, tínhamos – desde o início – o objetivo de suprir as lacunas da pesquisa e da extensão, e de criar um meio através do qual os alunos poderiam demonstrar uma postura verdadeiramente ativa. Um veículo que daria voz às suas ideias. Um veículo que valorizasse a produção cultural. Um veículo que aproximasse a academia da realidade social a nossa volta – por vezes tão distante da sala de aula – através de uma sessão voltada à comunicação de práticas de extensão dos estudantes.

E a este veículo foi dado o nome de Revista Avant. Nome que remete à vanguarda, à ruptura com modelos que restringem o conhecimento ao mero ensino passivo. Seu rosto, uma lâmpada, representa a valorização da criatividade e da propagação do conhecimento. Suas cores contrastantes demonstram a harmonia na diversidade.

Como todo projeto ambicioso, sua concretização não foi fácil. E ele não existiria sem o trabalho das Editoras-Chefes, respectivamente anterior e atual, Marjorie Carvalho de Souza e Júlia Bordin Mandelli Correa. Sem o apoio de nossa Coordenadora Científica, a professora Carolina Medeiros Bahia. Sem os professores do Conselho Científico, que desde o início acreditaram nessa proposta outrora tão distante. Sem a correção de nossos pareceristas ad hoc. Sem o trabalho de design e diagramação do Carlos Vinicius Vieira Meira. Sem a organização dos antigos e novos membros do nosso Corpo Editorial. Hoje, se existimos, é devido ao trabalho de todos vocês.

Além dos nossos apoiadores, chegamos até aqui devido aos autores, que submeteram seus trabalhos e preenchem nossas páginas com ideias, arte e inspiração. E por causa de vocês, leitores. Diante do material que compõe esta edição, acreditamos ter cumprido nossos propósitos e dado visibilidade à pesquisa, bem como promovido o diálogo com outras instituições de ensino.

Por isso hoje, em seu segundo número de seu primeiro volume, os integrantes da Revista Avant têm o prazer de anunciar mais uma edição. Nos orgulhamos da boa recepção do primeiro volume da revista e do número de trabalhos recebidos para que compuséssemos esta edição, que contará com três categorias – Cultura, Extensão e Academia – e um total de 17 trabalhos publicados.

Uma prazerosa leitura a todos e todas.

Sumário

CULTURA.....11

Poema: Quem é o Povo?

Ian Xavier Rodrigues.....12

Poema: Em tempos de guerras não tão frias

Pedro Henrique Almeida Queiroz.....14

Desenho: A Subjetividade

Paula Adão Reginaldo.....17

Poema:

Gabriel Cianeto.....18

Resenha: SAPERE AUDE: CONFLUÊNCIAS ENTRE O DIREITO, LITERATURA E PSICANÁLISE PARA ALCANCE DA AUTONOMIA INTELECTUAL DO ACADÊMICO DE DIREITO E DOS AGENTES JURÍDICOS

Nayara Swarowski.....20

EXTENSÃO.....24

Comunicação de Prática de Extensão: ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA ÀS ASSOCIAÇÕES CIVIS AMBIENTAIS DE FLORIANÓPOLIS, ATRAVÉS DO GPDA/UFSC

Bruna Valença, Eduarda Muccini e Ricardo Martinello.....26

Comunicação de Prática de Extensão: PROJETO "POR UMA UFSC INCLUSIVA": UM MOVIMENTO ESTUDANTIL DE LUTA PELOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Charles Braga Alves e Thaís Becker Silveira.....30

Comunicação de Prática de Extensão: MEMÓRIAS E PATRIMÔNIO: OLHAR SOBRE A TRANSMISSÃO DA CULTURA IMATERIAL DE MULHERES

Lorrayne Machado Viana Assis.....34

ACADEMIA.....36

Artigos: AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DA USUCAPIÃO E DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA COMO INSTRUMENTO DE VALORIZAÇÃO DA MULHER

Amanda Machado de Liz e Larissa Barp Nunes.....38

Artigos: A (IM)PRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO COMO SANÇÃO AO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Luísa Walter da Rosa.....54

Artigos: INFLUÊNCIAS DO PENSAMENTO DE LOCKE, MONTESQUIEU E TOCQUEVILLE NO SISTEMA DE GOVERNO BRASILEIRO

Natalia Wagner.....72

Artigos: ESTRUTURAÇÃO NORMATIVA E HISTÓRICA DAS TRABALHADORAS DE SANTA CATARINA

Juliana de Alano Scheffer.....88

Artigos: A PENA COMO FORMA DE CONTROLE SOCIAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Macos Afonso Johner.....102

Estudo de Caso: UM ESTUDO DE CASO DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO NO NEOCONSTITUCIONALISMO

Cláudia Milena Mazon e João Victor Leão.....116

Resumo de Monografia: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ACESSIBILIDADE URBANA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU COM MOBILIDADE REDUZIDA

Eliane Fátima Ferreira Baldissera.....128

Resumo de Livro: RESUMO CRÍTICO: OS CAPÍTULOS XV-XVII D'O PRÍNCIPE DE MAQUIAVEL

Yasmin Schiess Miranda.....132

Resumo de Livro: AXT,GUNTHER (ORG). HISTÓRIAS DE VIDA V. 2. FLORIANÓ-POLIS: PGJ. CEAF, 2013.

Felipe Vilson Serino.....136

Resumo de Livro: RESENHA DO LIVRO CULPA E RISCO

Milena Barbi.....142

CULTURA

Poema
Desenho
Resenha

QUEM É O POVO?

Ian Xavier Rodrigues *

Quem é o povo?
Um povo largado?
Um povo sumido?
Um povo lembrado?
Um povo esquecido?

Mas quem é o povo?
Mandado por poucos
Que se fazem por loucos
Coordenam seus roubos

Quem é o povo?
Um povo feliz?
Um povo triste?
Um povo vivido?
Um povo morrido?

Mas quem é o povo?
Um povo passado
Que se acha unido
Mas com um futuro dividido?

Mas quem é o povo?
Um povo que acha
Que faz parte das massas
Que segregam as raças?

Mas quem é o povo?
Um povo direito

* Acadêmico do segundo período do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia - UFU.

Um povo esquerdo
Um povo achado
Um povo perdido?

Mas quem é o povo?
Quem é o povo?

Eu sou o povo?
Ou só mais um louco?
Vivido por outros?
Lotado por chagas de vidas passadas
Que se espiram no ar?

Eu sou o povo?
Penso como os outros?
Que estão presos no lar?

Quem sou o povo?
Um povo distante
Que escravo está?

Mas quem é o povo
Quem sou o povo?
Que uma hora vai acordar.

EM TEMPOS DE GUERRAS NÃO TÃO FRIAS

Pedro Henrique Almeida Queiroz[*]

Ódio às minorias, às maiorias,
A quem precisa, a quem agoniza
E quase ninguém se solidariza.

Ser feliz é egoísmo, utopia
Estar feliz é tão efêmero,
Eudaimonia
Não acontece todo dia.

Eventualmente, todos caímos
Um dia.

No dia-a-dia,
Amor ao próximo
Odiamos o diferente
Conservar os erros
Restauram mais erros
Insistir em errar
Errar pela tradição de errar.

Ser ateu
Com todos os outros deuses
Com todos os outros seres
Com todos os outros e outras.

Violentar para melhorar
Excluir para progredir
Seu valor é um preço

* Acadêmico do segundo período do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia - UFU.

Seu preço varia.

Esqueça do amor, trabalhe mais
Faça render seu dia.

Desordem e regresso
Corrupção, bom dia
Mais uma delação
Desunião na Europa
Destruição na Síria.

Refugio em mim,
Em tempos de Refugiados
Mas quem ainda é dono de si?

Explícito como o Golpe
Aposentar não, terceirização
Gourmetização e miséria
Reformas dolorosas
Sorrisos nas selfies.

Preconceitos em desconstrução
Cuidado,
Estamos em obras.

Cinza
O muro, a juventude, o destino
A perspectiva, a expectativa
O dia.

A razão como propriedade
Desapropria-me
Administrar suas doses de verdade
Ser orgulhoso,
Morrer de saudade
Escapar da sobriedade.

Cemitérios são as cidades
De falsos sonhos, de cores vazias
De céus sem estrelas, de pessoas frias
De amores sem sentido
De sentidos insensíveis
Vazio.

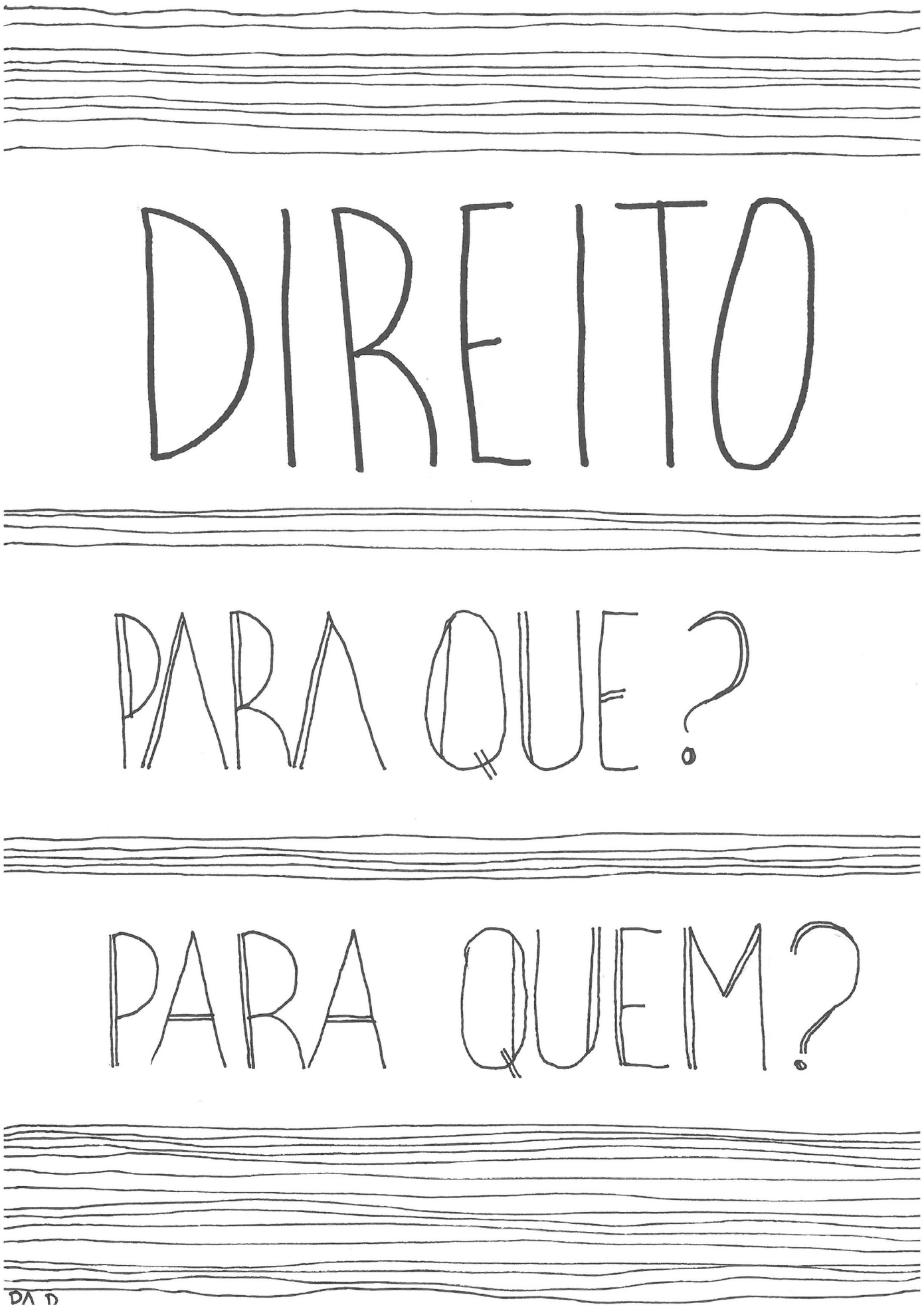
Entre tantos atores
As máscaras, tornam-se faces
A vida se torna uma peça
Peça de tragicomédia.

De tanto ensaiar
O clímax parece clichê
Vivemos por meros cachês
Não somos quem queremos ser.

...

A SUBJETIVIDADE

*Paula Adão Reginaldo**



* Acadêmica do décimo período do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

*Gabriel Cianeto**

As sirenes

da capital

denunciam

a sua doença.

* Acadêmico da sétima fase do Curso de Música da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

SAPERE AUDE: CONFLUÊNCIAS ENTRE O DIREITO, LITERATURA E PSICANÁLISE PARA ALCANCE DA AUTONOMIA INTELECTUAL DO ACADÊMICO DE DIREITO E DOS AGENTES JURÍDICOS

*Nayara Swarowski**

Referência da obra:

ROSA, Alexandre Morais da; TRINDADE, André Karam. *Precisamos Falar Sobre Direito, Literatura e Psicanálise*. 1ª Ed. Florianópolis: Letras e Conceitos, Lda & Empório do Direito, 2015. 125 p.

Uma sequência de artigos jurídicos, estes semanalmente publicados no site Consultor Jurídico (Conjur), deu ensejo à obra ora examinada. À título inaugural, abre-se um adendo para um conselho metaindividual e deveras oportuno: o leitor, pois, deve desatrelar-se de todo e qualquer crivo mecanicista ao analisar o presente escrito, aliando-se a uma perspectiva kelseniana do dever-ser, para submergir à real acepção da obra.

A despeito de sua característica estrutural, a obra é tripartida em fragmentos relevantes à formação do operador da Lei. A primeira, elaborada por Alexandre Morais da Rosa, abre o compêndio narrando sobre o Desejo com o qual o Autor aconselha ser operado e ou exercido o Direito.

A apetência preconizada por Morais da Rosa logo no capítulo introdutório não emerge por acaso: contextualiza o leitor, com apelos waratianos, do cenário babélico e estagnado por onde caminham os juristas. O primeiro artigo liquefaz a essência da obra, narrando a conjuntura do "professor de Direito que fala com as paredes e uma outra visão do Direito".

A simbologia textual jurídica abriga uma infinidade de conceitos operacionais, categorias formais e confluências interdisciplinares que o agente jurídico considera indispensável controlar. Contudo, a ideia de venerar a celeridade midiática e devorar notícias informativas – inconcebível aqui mencionar a categoria 'conhecimento' – faz do operador um fantoche do próprio sistema. Comete erro crasso e se fragiliza, pois, o jurista que desconsidera o que não está explícito, isto é, o que por ordem natural se deixou passar, como, por exemplo, o voto vencido, que é discutido neste sentido no segundo artigo. Quanta virtude há naquilo não vislumbrado, no plano secundário ou inimaginável? Possibilidades estas que o autor descortina.

A crítica, pois, gira em torno da mecanização pedagógica do ensino jurídico no país, dentre outras experiências jurídicas postas mais a frente, que assola drasticamente os centros de ensino de todo o país, valendo-se os autores da crise judiciária em suas hodiernas circunstâncias. Ao defender esta argumentação, Morais da Rosa também se atém a fatores outros que a geração Google acolhe sem saber seu real sentido, como é o caso das detrações midiáticas, fenômeno este que usurpa lugar de insignes doutrinadores fulcrais à formação do jurista.

*Graduanda em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mediadora e Conciliadora Extrajudicial pelo Centro Catarinense de Resolução de Conflitos – CCRC. Pesquisadora na área dos Meios Adequados de Solução de Conflitos, com foco na Mediação e pesquisadora da temática da Educação Jurídica.

A descomodidade dos novos operadores jurídicos em sair dos manuais produz um cenário de estagnação metodológica, condição esta que produz ameaça à efetividade da genuína educação jurídica. Tal como ocorre no jornalismo com a teoria da pirâmide invertida (criada pelo austríaco Carl Tiuí Hummenigge, porém explicitada por Adelmo Genro Filho), estaria o jurista contemporâneo condenado às prestezas funcionais do que lhe é tido como principal e disponibilizado de plano e não mais perquirido pelo próprio agente. Seria, assim, o tempo, elemento fenomenológico de seu esmaecimento enquanto intercessor jurídico na sociedade.

Circunda esta percepção, ainda, apontamentos neurológicos de caráter cognitivo, enfatizados pelo Magistrado. A questão prejudicial reside, entretanto, onde todos os fatores de dissociação cognitiva cominam em um atuar sem mínimo respeito à construção simbólica do texto legítimo, num sedentarismo instrutivo. Isto porque é sabido que, enquanto análise psicanalítica, a percepção do leitor vaga entre o que é este sujeito e conforme sua expansão ou contração de consciência.

Os *scripts* possuem vida própria, conforme Alexandre Morais da Rosa prega: nada valem as letras, se não objetivarem a algo edificante. Caso oposto, doutrinações manualescas em abundância permanecerão com a culpa de comprometer o potencial crítico do jurista e o seu fluxo de conhecimento, impossibilitando intelecções como produto da interação com o texto.

Deslocando-se da teoria para a prática jurídica, discute este autor acerca da simbiose do Direito com a Psicanálise em relação a outras experiências jurídicas, tais como as que monetizam sentimentos, figurando aí as indenizações de todo gênero. A relação da teoria narrativista do Direito de Calvo González, posta na obra mais adiante, igualmente discorre dentro desta intertextualidade e miscigenação com consideráveis elementos artísticos e culturais.

Há mais intersecções psicanalíticas no manejo jurídico do que pressupõe a mais vã filosofia. Para reconhecê-las, todavia, necessário despir-se de toda prévia concepção moral e ideológica, para então desvelarem-se ao nível que exigem.

Distintos institutos jurídicos relacionam-se com o campo da Psicanálise, abordando o autor Alexandre Morais da Rosa, à título de exemplo, a questão dos Meios Adequados de Resolução de Demandas, especialmente a Mediação de Conflitos. Exemplo nato de intersecção psicanalítica, em que o gestor de conflito necessariamente precisa intercambiar elementos de áreas afins ao Direito, sob pena de não retomar comunicação entre os litigantes, tampouco estabelecer acordos profícuos aos mediados.

Em leitura contínua, no segundo momento da obra, surge o coautor, André Karam Trindade, perpassando dos *bárbaros* e lógica do jogo de futebol – lutar, marcar, vencer – até o amadorismo da metodologia de remição penal oportunizada pela prática da leitura e suas ressalvas. Dentro de uma primeira ideia central, coloca-se Karam na mesma toada do primeiro quanto à ideia do efeito cascata da literatura jurídica: afere o autor ser ponto perigoso a estagnação jurídica ocasionada pela leitura mastigada dos esquematizados, potencializada, ainda, por uma espécie de "análise econômica da literatura jurídica": afere o autor ser ponto perigoso a estagnação jurídica ocasionada pela leitura mastigada dos esquematizados, potencializada, ainda, por uma espécie de análise econômica da literatura jurídica, que dá o tom ao estudante e ao causídico.

O que se percebe, segundo o mencionado autor, é que somente se busca não para se perquirir o todo, mas por um atalho facilitador e quanto mais cabal se encontrar, mais satisfeito estaria o sujeito. André Karam afere, ainda, que o imediatismo nas novas simbo-

logias dos escritos jurídicos atuais está por esmorecer e nocautear qualquer possibilidade de aprimoramento legal com aporte literário.

O instituto da remição penal pela leitura, bem destacada pelo último autor, é em tempo atual constatada como notadamente amadora, quando questiona Karam, por exemplo, se condenados pela prática de crimes sexuais poderiam ler as obras de Marquês de Sade. Não somente constata-se nisto a deficiência administrativa do sistema, como também a ausência de Sentido à prática proposta. Estaria a experiência literária a distorcer o sujeito e intensificar a ocorrência delituosa? Ponto negativo à Segurança Pública e à política carcerária. Porém, é preciso avançar e não se bitolar a esta possibilidade como fator único ensejador do crime sexual.

De Freud e Ítalo Calvino até Coetzee passeia Karam, de modo a deixar explícito ao leitor atento todas as variabilidades contidas em suas obras expoentes e suas particularidades aliando-as, uma a uma, a determinados casos jurídicos notórios do país. Assim, pertinente é a intenção deste autor em fustigar as retinas dos seus leitores a categorias essenciais a serem observadas.

Caso conhecido como "Nuremberg argentino" marca ainda, de forma primorosa, o que vem sendo postulado pelo literato no decurso do escrito. Karam narra, pois, este destaque jurídico de grave violação ao senso dos Direitos Humanos e garantias principiológicas, dando ao leitor um arremate de como a literatura pode avigorar o Direito em si, dentro da conjuntura de afrontamento político. O que pode aqui resgatar o operador jurídico é o proveito oriundo da literatura, dos livros queimados conforme expõe o caso, sendo as experiências ali contidas e demais sensores cognitivos e outras percepções lúdicas como fontes inestimáveis à criação e vislumbre de Novos Direitos, até então jamais assegurados. Não somente a leitura dos manuais podem nos apresentar o contexto jurídico ao qual estamos inseridos. Karam conversa sobre outros livros de cunhos históricos, filosóficos e sociais como proposta de tira-teima da teimosia do estudante em reputar apenas livretos objetivos.

Não destoa de Dworkin, quando trata Karam Trindade das arbitrariedades argumentativas presentes tanto nos tribunais do júri quanto em sentenças diversas. A antítese entre discricionariedade e interpretação é curva tênue e sinuosa. A referida ponderação no livro serve mais como alerta máximo ao operador, como se nele fossem depositadas as esperanças para o futuro. Portanto, o decisionismo é cenário conhecido do estudante de Direito e, apesar disso, deste fator recorrente deve salvar-se quem puder.

Ao que tange a terceira e última seção compilatória em análise, os autores em consonância dissertam, em cirúrgica criticidade, acerca dos meandros nos quais o Direito anda percorrendo e as bem recentes atuações dos órgãos atinentes ao Poder Judiciário.

O agente jurídico foi, em toda a obra, advertido para que não fique inerte. E este é o norte da produção em análise: que corra ou ao menos se movimente, sob pena de estagnar ou retroceder direitos e garantias fundamentais vencidos pela brevidade operacional e pela lógica da peneira, em que se passa o que for somente o estrito necessário aos possíveis olhos oblíquos e dissimulados de quem queira ver. Por derradeiro, em virtude do imensurável valor compreendido na obra *in voga*, clamam os autores, movidos pelo pai da psicanálise, para que o operador do Direito se responsabilize, efetivamente, pela desordem da qual o mesmo se queixa.

Referências bibliográficas

GENRO FILHO, Adelmo. *O segredo da pirâmide*: para uma teoria marxista do jornalismo. Porto Alegre, Tchê! Editora Ltda., 1987. 230 p.

ROSA, Alexandre Morais da; TRINDADE, André Karam. *Precisamos Falar Sobre Direito, Literatura e Psicanálise*. 1ª Ed. Florianópolis: Letras e Conceitos, Lda & Empório do Direito, 2015. 125 p.

EXTENSÃO

Comunicação de Prática de Extensão

ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA ÀS ASSOCIAÇÕES CIVIS AMBIENTAIS DE FLORIANÓPOLIS, ATRAVÉS DO GPDA/UFSC

*Bruna Costa Valença**

*Eduarda Muccini***

*Ricardo Bortolotto Martinello****

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 225, que "*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações*".

Contudo, em virtude do constante conflito sócio-econômico ambiental e dos consequentes riscos ao sistema ecológico provenientes das atividades humanas degradadoras, a sociedade civil passou a fazer uso de mecanismos jurídicos específicos voltados ao resguardo da natureza e do patrimônio histórico e cultural.

Nesse norte, em virtude das crescentes demandas e conflitos ambientais existentes em Florianópolis, surgiram associações civis voltadas à proteção do meio ambiente. No entanto, estas entidades sem fins lucrativos encontram diversos óbices à sua atuação, sobretudo dificuldades financeiras, que, em muitos casos, inviabilizam seu acesso ao Poder Judiciário, embora tenham legitimidade para propor ações civis públicas, nos termos do artigo 5º, inciso V da Lei n. 7.347/85.

Nesse contexto, diante da situação de necessidade de atuação do terceiro setor no exercício da cidadania coletiva ambiental, o Grupo de Pesquisa Direito Ambiental na Sociedade de Risco (GPDA/UFSC), junto ao Escritório Modelo, desenvolve prática de extensão que tem por objetivo, dentre outros, a prestação de assistência e orientação jurídica gratuita às associações civis financeiramente carentes, localizadas em Florianópolis.

Para a realização das referidas atividades, sob coordenação do Prof. Dr. José Rubens Morato Leito, o GPDA conta com a atuação de estudantes de graduação, mestrado e doutorado, além de pesquisadores e professores de outras áreas, que trabalham em parceria, tendo em vista a relevância da transdisciplinaridade do Direito Ambiental.

A importância deste projeto se encontra em proporcionar a interface entre a pesquisa desenvolvida na Universidade e a aplicação de seus resultados na prática, possibilitando esse retorno em prol da sociedade, além de promover o diálogo entre graduandos, pesquisadores e alunos da pós-graduação.

Neste viés, o GPDA, além de assistência jurídica às ONGs, também desenvolve outras atividades, como Curso de Atualização em Direito Ambiental para o

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

** Graduada em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Sá e graduanda em Ciências Biológicas pela Universidade Federal de Santa Catarina.

*** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Poder Público, Workshop de Direito Ambiental aplicado ao Planejamento Urbano, além de Simpósios, Congressos e Tribunal Simulado.

Tratando especificamente do projeto de extensão de assessoria jurídica, a atividade consiste em representação de associações civis em ações judiciais que impugnam atos e/ou normas prejudiciais ao meio ambiente, no plano concreto ou jurídico. Atualmente, o GPDA atua em duas Ações Civis Públicas, propostas contra entes de direito público e privado; e seis Ações Diretas de Inconstitucionalidade, contra dispositivos do Código Ambiental de Santa Catarina e do Código Florestal brasileiro, instituídos pela Lei estadual nº 14.675, de 2009, e pela Lei nº 12.651, de 2012.

De forma sucinta, serão apresentados seus principais pontos:

A Ação Civil Pública n. 0029354-03.1996.8.24.0023, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis, foi ajuizada pelo Instituto Catarinense de Defesa da Cidadania e Combate à Corrupção – Incoor contra Terratur Indústria e Comércio Ltda. Na ação, a parte autora, representada pelo GPDA, requer a abstenção da prática de extração de areia do Muquém do Rio Vermelho, localizado no norte da ilha, e a reparação do dano ambiental causado. O processo, com decisão favorável transitada em julgado, está em fase de cumprimento de sentença, com mandado de abstenção e reparação expedido em desfavor da parte ré.

A Ação Civil Pública n. 2007.72.00.008013-6, em trâmite na 7ª Vara Federal de Florianópolis, foi ajuizada por Aliança Nativa, associação representada pelo GPDA, e pelo Ministério Público Federal contra o Município de Florianópolis. Nela, a parte autora requer a realização de amplo estudo ambiental e urbanístico para o Bairro Santa Mônica, nos termos do Estudo de Impacto Ambiental e do Estudo de Impacto de Vizinhança; além da declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Complementar municipal nº 250, de 2006, que alterou zoneamentos da cidade. Esta ação já apresentou resultados liminares favoráveis ao meio ambiente, como a decretação de publicidade da ação em trâmite com a devida colocação de placas em pontos estratégicos do bairro Santa Mônica e a anulação das licenças emitidas nos termos do Plano Diretor discutido. No momento, os autos aguardam conclusos para sentença.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.252 e 4.253, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, propostas pelo Partido Verde e pelo Procurador-Geral da República, respectivamente, questionam a constitucionalidade de vários dispositivos do Código Ambiental de Santa Catarina. O GPDA atua como representante da Federação das Entidades Ecologistas Catarinenses – FEEC, habilitada nos feitos como *amicus curiae* por decisão do relator Ministro Celso de Mello. Todos os interessados já se manifestaram e, no momento, os autos aguardam conclusos para manifestação do Tribunal.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, questionam a constitucionalidade de vários dispositivos do Código Florestal brasileiro. Foram propostas, as três primeiras, pelo Procurador-Geral da República e, a última, pelo Partido Socialismo e Liberdade. A associação Meio Ambiente Equilibrado – MAE, representada pelo GPDA, teve o pedido de ingresso como *amicus curiae* negado, em razão do número excessivo de habilitações deferidas no processo. Entretanto, consignou o relator Ministro Luiz Fux que a negativa não impede a elaboração e distribuição de memoriais ou documentos, que poderão ser considerados pelo Tribunal. No momento, após a rea-

lização de audiência pública sobre a matéria, os autos aguardam manifestação do Tribunal.

Além das ações já em curso, o GPDA, recentemente, foi acionado pela Associação de Moradores do Bairro Ratones para assistência e orientação jurídica quanto ao projeto de construção de um parque aeronáutico na região, pela empresa Costa Esmeralda.

O projeto, no momento, já conta com autorização prévia da ANAC e com parecer final favorável obtido em consulta de viabilidade de construção realizada junto à Secretaria Municipal do Meio Ambiente e Desenvolvimento Urbano.

No entanto, conforme estudos realizados, o empreendimento, além de contrário ao Plano Diretor, é potencialmente lesivo ao meio ambiente, visto que pretende se instalar em área de preservação permanente e em zona de amortecimento de unidade de conservação (Estação Ecológica Carijós), prevendo, ainda, a supressão de cerca de 34 (trinta e quatro) hectares de Mata Atlântica.

Além disso, a construção implica em prejuízos à flora e à fauna da região, a qual, inclusive, é composta por diversas espécies em extinção, bem como no desencadeamento de outros impactos ambientais, como a intensificação da poluição, mudanças climáticas e alterações no ecossistema.

Assim, em conjunto com a Associação de Moradores do Bairro Ratones e com o apoio da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, o GPDA vem trabalhando jurídica e coletivamente para evitar a implementação do empreendimento potencialmente lesivo à natureza e, assim, resguardar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

PROJETO "POR UMA UFSC INCLUSIVA": UM MOVIMENTO ESTUDANTIL DE LUTA PELOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

*Charles Braga Alves**

*Thaís Becker Henriques Silveira***

1 O surgimento do grupo

O grupo "Por uma UFSC inclusiva" surgiu no segundo semestre de 2016, a partir da inconformação com vivências diárias de falta de acessibilidade e de práticas capacitistas[1] no espaço universitário. Ele se formou pela união de cerca de dez estudantes, com e sem deficiência, de diversos cursos de graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, que, decidindo não mais esperar e se silenciar, escolheram tomar a frente e iniciar um movimento de luta pelos direitos das pessoas com deficiência.

Por meio da realização de reuniões abertas a todos os interessados, o grupo promove momentos de reflexão sobre a realidade das pessoas com deficiência, em seus diversos aspectos, de compartilhamento de experiências pessoais, bem como de organização de espaços informativos e de divulgação de projetos e eventos que abrangem a temática da deficiência. Aos poucos, foi ganhando força e novos colaboradores.

2 Objetivos e intenções

O grupo une-se na busca de uma universidade que realmente inclua todas as pessoas e suas diversas particularidades. Para isso, tem como objetivos a luta por direitos e inclusão, a reivindicação por acessibilidade arquitetônica, informacional e atitudinal, bem como por visibilidade, consciência e respeito. Defende, ainda, a implementação do desenho universal[2] e o combate às distâncias e às barreiras causadas por preconceito e falta de conhecimento.

Toda a sua atuação é baseada no modelo social da deficiência, que entende a deficiência para além do corpo, de modo que o espaço físico e as próprias pessoas, quando se relacionam com o outro, por vezes diferente, passam a ser fomentadores de possibilidades ou impossibilidades.

---

* Acadêmico do quinto ano do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, integrante do grupo "Por uma UFSC inclusiva".

** Acadêmica do quinto ano do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, integrante do grupo "Por uma UFSC inclusiva".

1 Capacitismo pode ser entendido como ações de discriminação e violência praticadas contra pessoas com deficiência. Nas palavras de Anahí Guedes de Mello (2016), *"pode ser entendida como ação preconceituosa que atribuiu locais para pessoas com e sem deficiência, a partir de um padrão de corpos normativos. Compreende uma categoria que se aproxima das questões de discriminação em relação a raça (racismo), sexo (sexismo)*. MELLO, Anahi; & NUERNBERG, Adriano. Gênero e deficiência: intersecções e perspectivas. Revista Estudos Feministas, v. 20, n. 3, p. 635 – 655. 2012.

2 O conceito de desenho universal foi cunhado pelo arquiteto estadunidense Ronald Mace, na década de 1980, e enfoca o design de produtos, serviços e ambientes que possam atender ao maior número de pessoas possível, independente de idade, biotipo, condições de mobilidade e intelectuais.

Diferente do que entendia o modelo biomédico, o modelo social defende que a deficiência não é uma tragédia pessoal, tampouco um problema do sujeito, mas sim uma condição humana de diversidade. Nesse sentido, a deficiência tem um caráter transversal, já que também se relaciona com outros aspectos da vida da pessoa, tais como gênero, raça e condições econômicas.

Um dos principais marcos teórico-históricos do modelo social da deficiência foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, instrumento de direitos humanos da Organização das Nações Unidas, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2006 e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 2009[3] como o primeiro tratado internacional com status de emenda constitucional. Com o lema "*nothing about us without us*" ("nada sobre nós, sem nós"), a Convenção estabeleceu a importância e a indispensabilidade da presença da pessoa com deficiência no movimento de luta pela garantia de seus direitos, de modo que não mais se fale pela pessoa com deficiência, devendo esta ter autonomia para falar por si mesma.

Assim, o presente projeto pretende garantir o exercício dos direitos das pessoas com deficiência, em especial aqueles garantidos na Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015), trazendo para o ambiente universitário a discussão acerca desta temática. Tem também como objetivo primordial garantir espaço de fala àqueles que, além de estudantes, são também pessoas com deficiência e que, nesse sentido, devem ser respeitados em sua diversidade.

3 Atuação no espaço universitário

Com alicerce nos valores expostos acima, atualmente, o grupo atua na universidade por dois distintos segmentos. O primeiro deles é o projeto intitulado "Rota Segura", o qual teve início no segundo semestre de 2016 e está sendo realizado em conjunto com a administração da universidade. Ele compreende, neste primeiro momento, a criação de um caminho acessível e iluminado, que contará também com áreas de integração e ciclovias, ligando alguns espaços importantes da UFSC, como o ponto da Biblioteca Universitária, a própria biblioteca, a Reitoria, o Centro de Eventos e o Restaurante Universitário. O projeto ainda está em fase licitatória, mas quando colocado em prática iniciará uma importante mudança na universidade.

Como segundo segmento, por acreditar na importância de espaços de troca permanente de informações sobre deficiência e assuntos afins, foi criada, em maio de 2017, uma página do projeto no Facebook[4]. Nela são divulgados os projetos desenvolvidos e também informações sobre acessibilidade e inclusão, tanto dentro da universidade, quanto, de forma mais ampla, no município de Florianópolis e demais localidades próximas.

Visando a um contínuo processo de conscientização, são publicados conteúdos relacionados aos estudos da deficiência, informando sobre conceitos e marcos teóricos importantes, como desenho universal, modelo social e biomédico, convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência, bem como aspectos mais práticos quanto ao respeito a esses direitos, como a utilização correta das vagas reservadas para pessoas com deficiência, a utilização de banheiros adaptados, dentre outras coisas.

---

[3] Incorporada à legislação brasileira por meio do Decreto nº 6.969, de 25 de agosto de 2009, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 31/05/2017.

[4] https://www.facebook.com/pg/PorumaUFSCinclusiva/

Assim, com essas atuações, objetiva-se proporcionar as condições necessárias para que as pessoas com deficiência possam ocupar o espaço universitário, com independência e amplo acesso às mais diversas oportunidades de ensino, pesquisa e extensão, bem como promover conscientização e respeito, para que todos possam ser vistos e compreendidos em suas singularidades.

MEMÓRIAS E PATRIMÔNIO: OLHAR SOBRE A TRANSMISSÃO DA CULTURA IMATERIAL DE MULHERES

*Lorrayne Machado Viana Assis**

O projeto transdisciplinar "Memórias de mulheres: mudanças e permanências em processos educativos não escolares – transmissão do patrimônio cultural imaterial em comunidades rurais/quilombolas da Zona da Mata mineira" busca resgatar e sistematizar conhecimentos/histórias de diferentes gerações de mulheres quilombolas e rurais da zona da mata mineira, uma vez que a ciência ao negligenciar os saberes tradicionais e/ou populares, desconsidera as dinâmicas locais de produção, impondo uma lógica de desenvolvimento muitas vezes de difícil acesso aos grupos marginalizados.

Tal pretensão é desenvolvida com o aparato metodológico da história oral que é um ramo da historiografia que cuida das dimensões vivas da história através do resgate e sistematização de memórias (THOMPSON, 1992).

A equipe é composta por seis pessoas, sendo uma coordenadora, um vice coordenador, dois colaboradores discentes e duas bolsistas. No desenvolvimento do projeto realizamos as visitas às comunidades, contatos com sujeitos com histórias significativas, entrevistas previamente agendadas e gravadas em áudio e vídeo para posterior transcrição. O material está sendo sistematizado em minidocumentários que retratam as histórias e experiências de vida dessas mulheres e todo o conteúdo foi transcrito pelo grupo. Os sujeitos com os quais interagimos são mulheres idosas, adultas e adolescentes moradoras em comunidades rurais e/ou quilombolas na região da zona da mata mineira. Ao todo realizamos nove entrevistas, envolvendo mulheres nos municípios de Miradouro, Bias Fortes e Lima Duarte em Minas Gerais. Os minidocumentários produzidos a partir destas entrevistas foram encaminhados para o site do grupo de pesquisa e também para as entrevistadas.

Buscamos refletir sobre como as mulheres processam a transmissão de conhecimentos tradicionais e/ou populares em comunidades rurais e como estes conhecimentos se relacionam com outros no processo de transmissão de gerações a geração, uma vez que constituem a expressão de um importante patrimônio cultural que carece de ser conservado. O projeto tem conseguido trazer à tona não apenas os processos de reprodução social, mas também dar visibilidade aos conhecimentos e às dinâmicas locais procurando favorecer a sustentabilidade social, econômica, ambiental e política. Além do mais, é interessante notar que o projeto, ainda em curso, desvenda diversas facetas da vida dessas mulheres, notando-se a forte opressão de gênero, opressões políticas e a própria cultura do esquecimento que envolta esses sujeitos.

O projeto visa, além evidenciar a importância da história dessas mulheres como atoras, permitir que tais histórias sejam valorizadas pela própria comunidade. Por fim, por se tratar de um projeto transdisciplinar, notou-se no discurso de várias entrevistadas diversas discussões jurídicas, como conflitos agrários, de gênero, militâncias participativas e a violência nessas comunidades.

*Graduanda do sétimo período em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

Referências bibliográficas

LE GOFF, J. História e memória. 2. ed. Campinas, SP: UNICAMP, 1992.

MATOS, Silveira Júlia. DE SENNA, Adriana Kivanski. História Oral como fonte: problemas e métodos. Rio Grande: Historie, 2011.

THOMPSON, Paul. A voz do passado. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

HENRIQUES, Rosali. Metodologia de história oral: a experiência do Museu da Pessoa. 2015. Mimeo.

ACADEMIA

Artigos

Estudo de Caso

Resumo de Livro

Resumo de Monografia

AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DA USUCAPIÃO E DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA COMO INSTRUMENTO DE VALORIZAÇÃO DA MULHER

THE LEGISLATIVE CHANGES IN ADVERSE POSSESSION AND IN MINHA CASA MINHA VIDA PROGRAM AS AN INSTRUMENT OF WOMEN'S EMPOWERMENT

Amanda Machado de Liz[*]

Larissa Barp Nunes[**]

Resumo: O presente trabalho, elaborado de acordo com o método indutivo, versa sobre as ações de valorização da mulher promovidas pelos poderes executivo e legislativo brasileiros, tendo como prisma as alterações no programa de política pública "Minha Casa, Minha Vida" (PMCMV) para o desenvolvimento do tema. De plano será exposta a nova modalidade de aquisição de propriedade conhecida por usucapião familiar, perquirindo-se sua conformidade constitucional, bem como relacionando os seus desdobramentos em relação à realidade da mulher brasileira. A seguir, se apresentará a alteração legislativa que inseriu os artigos 34-A e 73-A à Lei. 11.977/09, ressaltando a discriminação positiva feita na lei em prol das mulheres no que diz respeito à firmação do contrato de financiamento habitacional e ao registro do imóvel adquirido pela via do programa, analisando-se a pertinência e a necessidade da inovação pelo viés histórico e pela ótica da realidade sociocultural referente à condição feminina no Brasil.

Palavras-chave: Programa Minha Casa Minha Vida. Usucapião Familiar. Discriminantes Positivas. Valorização da Mulher.

Abstract: This work, elaborated according to the inductive approach, deals with the actions of empowerment of women fomented by the executive and legislative brazilian powers, having as a prism the modifications on the public policy program "Minha Casa, Minha Vida" (PMCMV) for the development of the theme. First will be exposed the new sort of property acquisition known as familiar adverse possession, looking for to it's constitutional compliance, and relating it's unfoldings by brazilian woman's reality as well. Thereafter, will be presented the legislative amendment that has inserted the articles 35-A and 73-A into the Law n. 11.977/2009, highlighting the positive discrimination in law in favor of women concerning the house financing agreement signature and in the property registration of the realty acquired from program, annalyzing the relevance and necessity of this innovation by historical bias and the perspective of the socio-cultural reality regarding the female condition in Brazil.

Keywords: Minha Casa Minha Vida Program. Familiar Adverse Possession. Positive Discriminants. Women's Empowerment.

* Graduada em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC.

** Acadêmica da oitava fase do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

1 Introdução

A aquisição de propriedade no Brasil por meio de usucapião sempre foi tema que ensejou interessantes debates no meio jurídico que estuda os direitos reais, especialmente por algumas de suas peculiaridades, como o tempo e o procedimento adotado, a depender do cenário analisado.

Com a edição da Lei n. 12.424 em 2011 - que alterou dispositivos da Lei n. 11.977, de 2009, atinente ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) - fora incluído o artigo 1.240-A no Código Civil, e com ele introduzida uma nova modalidade de usucapião: a *usucapião por abandono de lar*; também denominada *usucapião especialíssimo*, *usucapião familiar, usucapião pró-família*, etc., alteração que representou uma importante conquista para a mulher que se vê desamparada por ocasião da partida de seu cônjuge.

De outro viés, mais mudanças legislativas no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida vêm gerando alguma polêmica, a exemplo daquela proporcionada pelas alterações trazidas com a Lei n. 12.693, de 2012, com origem na Medida Provisória n. 561, de 2010, sem ignorar a recentíssima aprovação da Lei n. 13.465 de 2017.

Dentre todas estas, destaca-se de maneira bastante positiva, por imprimir uma importante valorização ao papel da mulher na instituição familiar, a alteração que determina, em linhas gerais, que certos títulos de propriedade serão obrigatoriamente registrados no nome da mulher ou a ela transferidos nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio; bem como aquela que autoriza a contratação de financiamento habitacional sem autorização do cônjuge pela mulher chefe de família.

Nesse contexto, o presente artigo prestar-se-á a analisar a presença do caráter de valorização da mulher na edição das inovações legislativas objeto deste estudo, já que ambas buscam proporcionar isonomia às mulheres em relação aos homens, especialmente no meio familiar, como forma de atenuar a desigualdade material até hoje presente na sociedade.

Inicialmente explanar-se-á sobre a nova modalidade de aquisição de propriedade, indagando sua conformidade constitucional, através da análise do que pretendeu o legislador ao adotar o requisito do abandono de lar para configurar a usucapião familiar.

Como primeira hipótese aventada, tem-se que a inserção da condição reintroduz no ordenamento jurídico brasileiro a discussão da culpa pelo fim das relações conjugais, o que representaria um retrocesso e possivelmente uma inconstitucionalidade material por afronta à Emenda Constitucional 66/2010.

Por outro lado, cogita-se que o abandono do lar deva ser interpretado hodiernamente como abandono patrimonial, no sentido de deixar de prover o sustento aos familiares – entendimento objeto de Enunciado nas Jornadas de Direito Civil e que acaba por dialogar com as alterações promovidas pela Lei 12.693/12.

Por fim, perquire-se a possibilidade de o requisito do abandono de lar destinar-se à proteção da função social da propriedade, punindo aqueles que não cumprem com os fins úteis a que esta se destina.

De outra banda, também aventar-se-á que a diferenciação jurídica no tratamento conferido à mulher na questão documental do PMCMV significa afinal um necessário fator discriminante frente ao fato social da desigualdade de gênero.

Para tanto, abordar-se-ão as noções gerais acerca da usucapião e de suas modalidades, com ênfase na usucapião familiar e seus requisitos, seguido de posições doutrinárias divergentes e, após, da análise da inserção dos artigos 35-A e 73-A à Lei 11.977/09, mudança trazida pela Lei n. 12.693/12 e que, assim como a usucapião por abandono do lar, surgiu no âmbito do Projeto Minha Casa Minha Vida e vem gerando reflexos importantes nos direitos reais e de família.

2 Da Usucapião

A palavra "usucapião" provém do latim *usucapio*, do verbo *capio*, *capis, cepi, captum, capere;* e *usus*, *uso*, que quer dizer tomar pelo uso, isto é, tomar alguma coisa em relação ao seu uso. Logo, "usucapião" constituiu-se pela *junção* da *usus* a *capio* – aquisição da posse e, consequentemente, do domínio, pelo uso da coisa, do que resultou usucapido.

A usucapião, também chamada de *prescrição aquisitiva*, é modo originário de aquisição, e por ela adquire-se a propriedade e outros direitos reais suscetíveis de exercício continuado pela posse prolongada no tempo, acompanhada de certos requisitos exigidos pela lei. Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 199), denomina-se usucapião o "modo de aquisição da propriedade mediante a posse suficiente prolongada sob determinadas condições".

Em confronto com ela está a *prescrição extintiva.* Disciplinada pelos artigos 205 e 206 da Parte Geral do Código Civil, caracteriza-se pela perda da pretensão, seguida da ação atribuída a um direito, junto com sua capacidade defensiva pelo não uso em determinado espaço de tempo (GONÇALVES, 2012, p. 256-257).

Quanto à natureza jurídica do instituto da usucapião existem duas linhas, uma subjetiva e outra objetiva. Para a primeira, é a passividade do proprietário que enseja a perda da propriedade. Já para a segunda – e que melhor se coaduna com os princípios do Direito – é a utilidade social que garante a transmissão da propriedade, traduzindo-se, portanto, em prescrição aquisitiva. O fundamento da usucapião está assentado no princípio da utilidade social, na convivência de se consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio (GONÇALVES, 2012, p. 258).

Pode-se adquirir originariamente a propriedade de bens móveis e imóveis por meio de usucapião, exceto os bens públicos que são insuscetíveis de usucapião, conforme se extrai do art. 183, § 3º, da Constituição Federal, de 1988. Segundo a definição do artigo 98 do Código Civil "São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem" (BRASIL, 2002).

2.1 Modalidades

A aquisição por usucapião ocorre por três modalidades: *extraordinária*, *ordinária* e a *especial* ou *constitucional*, dividindo-se a última em rural (*pro labore*) e urbana (pró-moradia ou *pro misero*). Há, ainda, uma modalidade especial de usu-

capião, denominada de usucapião indígena, disciplinada no Estatuto do Índio (Lei n. 6.011/73).

A primeira espécie é disciplinada no artigo 1.238, do Código Civil (BRASIL, 2002), que assim dispõe

> Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
>
> Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

A usucapião extraordinária é a modalidade que exige o maior lapso temporal para que o bem possa ser usucapido. Por outro lado, tal modalidade dispensa os requisitos de justo título e boa-fé, bastando somente a posse pelo transcurso temporal estabelecido, ininterruptamente, considerando os atos despendidos durante a manutenção do imóvel pelo período em que havia se dado o abandono do proprietário (VENOSA, 2012, p. 204).

A usucapião ordinária tem seus requisitos estabelecidos pelo artigo 1.242 do Código Civil (BRASIL, 2002), que assim preceitua

> Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.
>
> Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Tal modalidade, portanto, além de exigir a posse sem oposição e prolongada, necessita da comprovação do justo título e da boa-fé.

Por fim, há a usucapião especial, que surge com a finalidade de acelerar a reforma agrária, as políticas de desenvolvimento urbano, e bem assim para fazer frente ao anseio de justiça social sob a perspectiva do direito à moradia, elevado à condição de direito fundamental da pessoa humana (PALERMO, 2012, p. 21).

A usucapião especial, também chamada de constitucional por ter sido introduzida pela Constituição Federal, abrange duas formas: usucapião especial rural e a usucapião especial urbana. A primeira foi consagrada pela Carta Política de 1934, e atualmente é regulamentada no artigo 191 da Carta de 1988 e no artigo 1.239, do Código Civil de 2002.

Atentar-se-á mais à regulamentação da usucapião especial urbana, visto que a usucapião familiar é espécie desta. Tal modalidade constitui inovação do atual texto constitucional, estando regulamentada no artigo 183, *caput*, do Código Civil (BRASIL, 2002)

> Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro bem urbano ou rural.

Como se pode observar, a usucapião especial urbana não reclama justo título nem boa-fé, como também ocorre com a rural. Sobre o tema, lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 435)

> Nas modalidades urbana e rural, a usucapião especial é uma das mais claras demonstrações do princípio da função social da posse na Constituição de 1988, pois homenageia aqueles que, com animus domini, residem e\ou trabalham no imóvel em regime familiar, reduzindo os períodos aquisitivos de usucapião para cinco anos. Tanto a usucapião urbana como a rural seriam as espécies de miniusucapiões extraordinárias, já que ambas dispensam os requisitos do justo título e boa-fé, contentando-se com a posse com animus domini, mansa e pacífica.

Ademais, o instituto é regulamentado infraconstitucionalmente no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) e no artigo 1.240, do Código Civil.

3 Da usucapião por abandono do lar

A usucapião por abandono do lar – também chamada de usucapião familiar, usucapião pró-família ou usucapião conjugal – foi introduzida no ordenamento jurídico nacional a partir da aplicação de política pública de enfrentamento aos problemas de moradia nas cidades e que atingem excessivo contingente urbano de baixa renda.

A Lei n. 11.977 de 2009, que normatizou o Programa Minha Casa, Minha Vida, alterada pela Lei n. 12.424 de 16 de junho de 2011, teve como finalidade a criação de mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais, ou requalificação de imóveis urbanos, e produção ou reforma de habitações rurais para famílias consideradas de baixa renda e que não possuem imóveis próprios, como forma de concretização do direito social à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Na exposição de motivos da Medida Provisória n. 514 de 2010, a partir da qual se estabeleceu a lei que regulamenta o programa, é elencado como objetivo "garantir o acesso à moradia adequada, a melhoria da qualidade de vida da população de baixa renda e a manutenção do nível de atividade econômica, por meio de incentivos ao setor da construção civil" (BRASIL, 2010).

A Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011, portanto, criou uma nova modalidade de usucapião especial urbana, inserindo no Código Civil (BRASIL, 2002) o artigo 1240-A e seu parágrafo, do seguinte teor

> Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
>
> § 1º. O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Em que pese ser uma modalidade de usucapião especial urbana, a usucapião por abandono do lar possui algumas peculiaridades que a diferenciam, a começar pela legitimação do usucapiente, que necessita ser coproprietário do imóvel, em comunhão ou condomínio com seu ex-cônjuge ou ex-companheiro. Ou seja, exige-se posse personalíssima, com exclusividade, não se admitindo a hipótese de aproveitamento por terceiros.

Neste sentido, Carlos Eduardo de Castro Palermo (2012, p. 23) completa que "a ação deve ser ajuizada contra o cônjuge ou companheiro culpado pelo abando-

no, não contra seus herdeiros, que são partes estranhas ao disposto na lei, daí que a posse direta do autor é exclusiva no Texto Legal".

Depreende-se da norma que a posição de ex-cônjuge ou ex-companheiro abrange todas as formas de união matrimonial, seja pelo casamento, união estável, estendendo-se, como não poderia deixar de ser, às uniões homoafetivas, em observância do posicionamento do Superior Tribunal Federal na Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277 e Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132/RJ (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 468).

3.1 Do abandono do lar

Outro requisito que se encontra na usucapião familiar - e sem dúvidas o que enseja maior discussão - é o abandono do lar por parte de um dos conviventes. A principal crítica que a nova espécie tem recebido da doutrina é que poderia estar ressuscitando a discussão da culpa sobre o término do relacionamento afetivo, questão afastada do ordenamento jurídico brasileiro.

Como bem se sabe, a investigação da culpa esteve presente nas ações de separação judicial litigiosa até a Constituição Federal de 1988, momento em que houve a constitucionalização da primazia da dignidade da pessoa humana, com a consequente inserção do divórcio fundado meramente no lapso temporal.

Ainda que, tempos depois, com a promulgação do Código Civil de 2002 a perquirição da culpa no Direito de Família tenha voltado aos debates acadêmicos em virtude dos artigos 1.572, 1.573, 1.578 e 1.703, os quais permitiam a investigação da culpa, a Emenda Constitucional nº 66 de 2010 – que alterou o § 6º do artigo 226 da Constituição – afastou qualquer discussão acerca da culpa pelo fim do vínculo marital ao consolidar que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Assim, a averiguação, identificação e apenação de um culpado só têm significado quando o agir de alguém coloca em risco a vida ou integridade física, moral, psíquica ou patrimonial de outra ou de outras pessoas, ou de algum bem jurídico tutelado pelo direito, sendo que nada justifica a inserção da culpa no âmbito das relações familiares (DIAS, 2011, p. 112).

Sobre o requisito em comento, a doutrina se divide: enquanto alguns entendem que a inserção do abandono do lar conjugal como exigência à usucapião familiar representa um retrocesso face à já superada perquirição da culpa pelo fim dos relacionamentos conjugais, outros defendem que o abandono deve ser interpretado como o não cumprimento da função social da propriedade.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 466)

> [...] o art. 1.240-A do Código Civil se apoia no subjetivismo da identificação de um culpado para criar uma nova pena civil: a do perdimento da copropriedade sobre o imóvel do casal como consequência do ato ilícito do abandono injustificado do lar.

Douglas Phillips Freitas (2012, p. 10) pondera que, à luz do entendimento dos que veem a volta da discussão da culpa na norma, estaria a mesma afrontando o princípio constitucional de vedação ao retrocesso.

Para Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 213), o legislador ao que parece teve intenção de amparar o consorte abandonado, na tentativa de garantir-lhe abrigo,

todavia não logrou êxito no texto conferido à norma, dificultando, ainda, a aplicação da norma em razão do presente requisito.

Por outro lado, Flávio Tartuce (2012, p. 16) entende a nova norma como avanço que vem para solucionar problemas já existentes na prática. Comenta o doutrinador

> A nova categoria merece elogios, por tentar resolver inúmeras situações que surgem na prática. É comum que o cônjuge que tome a iniciativa pelo fim do relacionamento abandone o lar, deixando para trás o domínio do imóvel comum. Como geralmente o ex-consorte não pretende abrir mão expressamente do bem, por meio da renúncia à propriedade, a nova usucapião acaba sendo a solução.

No mesmo raciocínio, Maria Aglaé Tedesco Vilardo (2012, p. 50) aduz que

> Embora tenha sido resgatado esse instituto do abandono, não se pode utilizar o mesmo conceito do século passado. Para conferir legitimidade à lei devemos entender o abandono de lar como a saída do lar comum de um dos cônjuges e a sequencial despreocupação com o dever de assistência ao cônjuge ou com o cuidado dos filhos.

E ainda completa

> Caso não haja necessidade de alimentos para o ex-cônjuge ou ex-companheiro, ou por ausência de filhos menores de idade, o abandono poderia ser caracterizado pela ausência de contribuição para pagamento dos impostos relativos ao imóvel, na ausência de acordo sobre tal pagamento por aquele que ficou residindo.

Assim, a discussão acerca do que levaria a caracterização do abandono também enseja discussões perante a doutrina. Majoritariamente, considera-se que se um dos cônjuges abandonar o lar por força que o mova, como na decretação das medidas previstas no artigo 22 da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), ou mesmo não residindo no imóvel este providencie medida judicial ou extrajudicial ligada à manutenção da propriedade, estaria desconfigurado o abandono.

Neste sentido, Carlos Eduardo de Castro Palermo (2012, p. 27) elucida

> Procedimento como pedido de separação de corpos, separação, divórcio ou dissolução consensual de união estável, desnaturam a possibilidade de ocorrência de abandono do lar, assim como também a ação para arbitramento de aluguel pelo uso exclusivo da coisa comum e, ainda, propositura de ação de partilha de bem comum, uso da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), em que há determinação judicial de afastamento do esposo ou companheiro do lar, como medida de cautela da integridade física da vítima.

Já para Caio Mario da Silva Pereira (2012, p. 132) a aquisição do imóvel por essa modalidade de usucapião independe de qualquer circunstância que faça com que o cônjuge abandone o lar. Aduz o professor que

> A aquisição da propriedade na íntegra independe também do motivo e das razões que deram causa ao suposto abandono do lar, ainda que involuntário o desaparecimento e mesmo se se tratar de hipótese de ausência (arts 22 a 39 do CC).

Certo é que, em uma sociedade marcadamente patriarcal, ainda é comum esperar-se da mulher servidão ao lar, e que esta assuma também, quase que de forma exclusiva, a responsabilidade pela criação dos filhos. Conforme comenta Maria Berenice Dias (p. 6)

> A família assim tutelada pelo Estado sempre teve um perfil patriarcal, sendo uma relação hierarquizada, patrimonializada, verticalizada e, é claro, heterossexual. O homem era o chefe da sociedade conjugal, o cabeça do casal, o administrador dos bens da família. Tudo isso assegurava a supremacia masculina, o que acabava chancelando a violência doméstica.

Essa mesma mulher, frequentemente sobrecarregada, depois de desamparada e abandonada pelo marido, além de ter dificuldade de suprir o sustento da casa, não tinha o direito de dispor do bem, algo absolutamente incongruente com toda a luta - que deveria ser de toda a sociedade - em nome da paridade de direitos e deveres para homens e mulheres.

Por fim, oportuno destacar que, atento às discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, coordenador da *VII Jornada de Direito Civil* realizada em 2015, aprovou o Enunciado 595, cujo teor aclara a extensão da usucapião familiar, definindo qual o significado atual para a expressão 'abandono do lar', contribuindo, dessa forma, para a escorreita interpretação do dispositivo de lei

> O requisito do 'abandono do lar' deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel, somando à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável. Revogado o Enunciado 499 (CJF, 2015).

Segundo a assertiva elaborada pelos juristas, abandono do lar significa, portanto, um verdadeiro abandono da tutela da família, conduta que representa um desamparo por parte daquele que deveria ser seu provedor; o que só vem a comprovar a inocuidade de qualquer digressão acerca da culpa.

3.2. Do tempo

Por fim, há a inovação quanto ao requisito temporal, de modo que se consuma a prescrição aquisitiva em um lapso de apenas dois anos. Se comparado às outras modalidades de usucapião, o prazo é ínfimo.

Tal requisito também divide opiniões doutrinárias. Para alguns juristas, a determinação de um prazo mais curto é uma mudança bem vinda, como defende Flávio Tartuce (2012, p. 17), ao afirmar que essa redução possibilita a tomada de decisões com maior rapidez, seguindo a tendência pós-moderna.

Douglas Phillips Freitas (2012, p. 15) também escreve sobre a necessidade de agilizar os litígios familiares, de modo que a demora na partilha do bem não cause situações corriqueiras como as em que um dos litigantes, após muito tempo fora, sem contribuir e nem reembolsar os gastos que o outro teve, volta em busca da outra parte solicitando a partilha do bem.

No mesmo sentido, para Caio Mario da Silva Pereira (2012, p. 132) a redução do prazo para dois anos acaba "proporcionando a tutela mais célere dos direitos do cônjuge ou companheiro abandonado, em benefício da preservação dos interesses existenciais de todas as pessoas que integram a entidade familiar".

Já José Fernando Simão (2012) discorre no sentido que "o prazo definido para tal modalidade de usucapião é exíguo demais para a elaboração do luto e o fim da conjugalidade", e ainda questiona "por que um prazo inferior àqueles das demais modalidades constitucionais de usucapião?".

Ressalte-se, por oportuno, que o prazo de dois anos estabelecidos na Lei 12.424 de 2011 só começou a contar, para os interessados, a partir de sua vigência. Isso porque o novo direito não poderia retroagir, surpreendendo um dos

coproprietários com a situação jurídica não prevista anteriormente (GONÇALVES, 2012, p. 275); não é senão a aquisição do domínio pela posse prolongada da mesma coisa.

4 Do programa minha casa minha vida - Lei 11.977/09

O Programa Minha Casa Minha Vida, ainda que popularizado como um programa habitacional, é, na sua origem, um programa econômico. Foi concebido pelo Ministério da Casa Civil e o Ministério da Fazenda, em diálogo com o setor imobiliário e da construção civil.

Lançado como a Medida Provisória n. 459 em março de 2009 como uma forma declarada de enfrentamento da chamada *crise dos subprimes* nos Estados Unidos e fazendo frente à larga demanda habitacional brasileira – dada a insuficiência das medidas até então aventadas para a resolução dos desafios relativos à habitação – o MCMV surge na roupagem da Lei n. 11.977/09 como uma forma de oferecer ao cidadão de baixo poder aquisitivo uma condição diferenciada, a qual conta com o orçamento estatal e que permite ao contratante, dentre outras facilidades, por exemplo, assumir o financiamento de um imóvel para moradia sem o pagamento de juros – cenário até então incompatível com a praxe do sistema financeiro vigente.

A ação, ainda que tardia em relação ao que estabeleceu o constituinte desde a promulgação da CRFB/88 (direito à moradia como expressão da dignidade humana), coaduna-se com o dever do estado em promover políticas públicas para o bem estar das camadas economicamente menos favorecidas.

A proposta é bem assimilada por Paulo Sérgio Dubena e Viviane Coêlho de Séllos-Knoer (2013, p. 14)

> Mais que legislar ou atuar diretamente, construindo o empreendimento e tratando de tramites burocráticos concernentes, o Estado optou por conceder incentivos aos envolvidos, propiciando subsídios financeiros para minimizar o valor envolvido e flexibilizando o acesso ao programa em empreendimentos privados. Passou então a vigorar uma figura mais dinâmica de habitação. O Estado por meio de subsídios auxilia a aquisição de imóveis construídos pela iniciativa privada, sem precisar adquirir áreas e construir, o que se representa mais efetividade.

No que tange ao seu funcionamento, o Programa MCMV para habitação urbana é divido em faixas (um, dois e três), conforme a renda familiar. Seus recursos são provenientes do Orçamento Geral da União (OGU), e parte deles são aportados ao Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) e ao Fundo de Desenvolvimento Social (FDS), os quais são destinados às habitações de Faixa 1. As Faixas 2 e 3 dizem respeito aos recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Na Faixa 1, "as operações financeiras são garantidas pelo Fundo Garantidor, que é lastreado por recursos da União e permite a eliminação dos seguros no custo do financiamento" (AMORE; SHIMBO; RUFINO, 2015, p. 20). Já o Fundo de Arrendamento Residencial é utilizado em operações realizadas diretamente pelas prefeituras, pelas construtoras ou em parceria entre estes agentes.

4.1. Das alterações advindas com a Lei 12.693/2012

Outras mudanças legislativas que circundam o âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida têm gerado certa celeuma. A exemplo disso está a Lei n. 12.693 de 24 de julho de 2012.

Elaborada originalmente como a Medida Provisória de nº 561/2012 e anunciada pela ex-presidenta Dilma Rousseff no Dia Internacional da Mulher (08 de março), entre outras alterações, a - hoje - Lei 12.693/2012 trouxe a inclusão dos artigos 35-A e 73-A na Lei 11.977/2009, os quais contam com as seguintes redações (BRASIL, 2012)

> Art. 35-A. Nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, na constância do casamento ou da união estável, com subvenções oriundas de recursos do Orçamento-Geral da União, do FAR e do FDS, será registrado em nome da mulher ou a ela transferido, independentemente do regime de bens aplicável, excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS.
>
> Parágrafo único. Nos casos em que haja filhos do casal e a guarda seja atribuída exclusivamente ao marido ou companheiro, o título da propriedade do imóvel será registrado em seu nome ou a ele transferido.
>
> [...]
>
> Art. 73-A. Excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS, os contratos em que o beneficiário final seja mulher chefe de família, no âmbito do PMCMV ou em programas de regularização fundiária de interesse social promovidos pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, poderão ser firmados independentemente da outorga do cônjuge, afastada a aplicação do disposto nos arts. 1.647 a 1.649 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

A introdução da referida medida legislativa deu-se, segundo constou da exposição de motivos relativa à Medida Provisória n. 561/12 - convertida na Lei 12.693/12 -, por conta da "importância que este governo tem dado à mulher nos programas sociais, especialmente enquanto chefe e centro de inúmeras famílias", levando em conta que "quarenta e sete por cento dos contratos da primeira etapa do Minha Casa Minha Vida já foram assinados por mulheres" (BRASIL, 2012).

4.2. Da pertinência da inovação e da (necessária) discriminação positiva

Essa alteração legislativa foi vista com maus olhos por parte da doutrina, a exemplo de Carlos Eduardo de Castro Palermo (2012, p. 28), que considerou o ato demagógico, já que invade searas do direito real e do direito de família, e também porque não considera possíveis polêmicas judiciais que advirão.

Ocorre que tal interpretação pode ignorar qualquer diferença histórica entre homem e mulher existente na sociedade, que envolve também uma questão de poder econômico e instrumentos legislativos legitimadores, conforme comenta Maria Berenice Dias (p. 4)

> [...] o poder sempre esteve na mão dos homens. Eles lidam com o dinheiro, manejam o poder pelo dinheiro. Logo, o que tem valor é o que dispõe de expressão econômica. Poder e dinheiro são assuntos de homem, e esses são os temas que têm importância. Como são eles que estão no exercício do poder, fazem as leis e as aplicam sempre atentos aos seus próprios interesses.

Ou seja, mesmo a dinâmica da economia seria um elemento apto a justificar a necessidade de implementação de discriminantes positivas que ajudem a diminuir a desigualdade material vivenciada pelas mulheres ainda hoje. Mas a questão evidentemente não se limita ao âmbito econômico.

A uma primeira interpretação, é possível que se avente a hipótese de violação de cláusula constitucional da igualdade entre o homem e a mulher com a implementação das referidas alterações legislativas. Contudo, essa suposição somente se sustenta a partir de uma leitura estritamente legalista, que não leva o fator sociológico em conta – elemento indispensável para a compreensão da necessidade da discriminação em sua *dimensão positiva*.

Nesse sentido, é importante considerar que à norma jurídica se impõe ir além de reprimir a discriminação, mas prescrever dispositivos capazes de evitá-la e/ou implementar políticas compensatórias, tornando o princípio da igualdade efetivo.

A noção de *discriminação*, portanto, deve ter afastada sua carga de sentido predominantemente negativa e a ela se deve acrescentar adjetivação positiva, tornando possível denotar finalidades que se reputam legítimas ou até juridicamente impostas, como ensina Paulo Mota Pinto (2010, p. 311-314).

Joaquim Barbosa (2011, p. 37) também admite que "há situações em que o direito positiva e legitima o comportamento discriminatório", reconhecendo a denominada discriminação legítima, também conhecida como *discriminação positiva* ou *ação afirmativa*

> Trata-se da aplicação do princípio da igualdade no seu sentido material, ou seja, se abandona a neutralidade estatal consubstanciada na simples adoção da proibição da discriminação, e se passa a atuar de forma a possibilitar a promoção de um grupo historicamente discriminado.

Desse mesmo pensamento compartilha Maria Berenice Dias, em seu artigo intitulado "A mulher e o Direito"

> Para pensar a cidadania, hoje, há que se substituir o discurso da igualdade pelo discurso da diferença. Certas discriminações são positivas, pois constituem, na verdade, preceitos compensatórios como solução para superar as desequiparações. Mesmo que o tratamento isonômico já esteja na lei, ainda é preciso percorrer um longo caminho para que a família se transforme em espaço de equidade.

Não à toa o maior instrumento legal a nível mundial voltado à promoção da igualdade entre gêneros, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres da Organização das Nações Unidas (ONU) - ratificada e promulgada pelo Brasil em 2002 através do Decreto n. 4.377 -, legitima a construção de normas com esse viés discriminante (AMARAL, 2012).

> Os Estados-Parte tomarão em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem. (grifo nosso)

Reiterando o caráter paliativo e não definitivo das medidas, declara o artigo 4º daquele diploma (ONU, 1979)

> 1. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados. (grifo nosso).
>
> [...]

Ao processo de subjugação, submissão e sujeição do papel da mulher à dominação masculina, que atravessa séculos, o Brasil claramente não passou ileso e, embora vivenciemos alguns avanços sociais, políticos e jurídicos, nosso país ainda está inserido numa realidade muito aquém da ideal em termos de equiparação entre gêneros (VASCONCELOS, 2017).

Para além desse cenário, a situação das mulheres socioeconomicamente menos privilegiadas - ou seja, a classe representante de boa parte dos beneficiários do PMCMV - mostra-se mais um significativo entrave que representa para estas, muitas vezes, a tarefa de estruturar a família como um todo ao ter que gerenciar e chefiar o lar[1], acarretando na famigerada *dupla* ou *tripla jornada*, visto que precisam exercer, também, seu papel profissional no mercado de trabalho.

Como bem concluíram Dubena e Séllos-Knoer (2013, p. 19)

> À mulher cabe invariavelmente o papel de criar os filhos, gerir o orçamento doméstico e comandar a instituição lar, especialmente nas classes mais baixas. Portanto, não há com essa previsão legal qualquer ranço de desigualdade, mas pura justificativa do fator de discriminação adequado à lei e ao fato social. (grifo nosso)

Por fim, outro fato que reitera a pertinência e consonância dessas alterações no cotidiano brasileiro são as recentes modificações trazidas pela Lei 13.465/2017 (proposta como a Medida Provisória 759/2016), em seus artigos 10, inciso XI e 19-A, inciso III, os quais preveem, respectivamente, a concessão de direitos reais preferencialmente em nome da mulher como objetivo da Regularização Fundiária Urbana, e a inclusão do critério de seleção "*família chefiada por mulher*" para classificação de candidatos a beneficiários do Programa Nacional de Reforma Agrária (BRASIL, 2017).

Diante das considerações feitas, possível infirmar que é plenamente justificada; mais do que isso, urgente, a necessidade de um distintivo positivo para a condição feminina na questão jurídica e documental do imóvel adquirido sob o regime do Programa Minha Casa Minha Vida - necessidade essa que o poder executivo parece estar reconhecendo e legitimando.

5 Considerações finais

Diante do exposto, conclui-se que a modalidade de usucapião por abandono do lar é constitucionalmente adequada, porquanto o requisito do abandono de lar deve ser entendido como abandono patrimonial e descumprimento da função social da propriedade.

Em que pese posicionamentos divergentes, o abandono não deve ser entendido como a volta da discussão da culpa pelo final do relacionamento, porque os motivos que levaram à dissolução da união são alheios à discussão jurídica para configuração da usucapião.

[1] O Censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2010 mostra que aproximadamente 38% dos lares brasileiros são chefiados por mulheres - um crescimento de quase 16% se comparado ao levantamento feito no ano 2000.

Ao abandonar o patrimônio, o cônjuge se abstém de compromissos tributários e de manutenção do imóvel, bem como da subsistência da família, daí advindo a necessidade do cônjuge que permaneceu no lar poder dispor do imóvel como lhe aprouver, visto ser seu único mantenedor.

Tal circunstância é rotineira perante a lógica de uma sociedade marcadamente patriarcal, na qual se espera que a mulher sirva ao lar e assuma exclusivamente a responsabilidade pela criação dos filhos. Essa mesma mulher, desamparada e abandonada pelo marido, além de ter dificuldade de suprir o sustento da casa não tinha o direito de dispor do bem.

Diante da demora e da fragilidade dos instrumentos até então disponíveis no ordenamento jurídico, como o instituto da ausência (do Código Civil), o cônjuge que permanecia na residência era obrigado a encarar entraves jurídicos e burocráticos para poder exercer plenamente os direitos de propriedade sobre o bem conjugal. Para contornar essa realidade se justifica tanto a criação da nova modalidade, quanto o estabelecimento de prazo mais exíguo para a consumação da aquisição, de modo a conferir celeridade ao processo.

Observa-se que a edição das Leis 12.424/11; 12.693/12 (e mesmo da Lei 13.465/17, ainda que não seja o foco desse estudo) comprova que tanto o poder legislativo como o executivo vêm demonstrando alguma sensibilidade com a necessidade de implementação de políticas públicas de valorização da mulher, especialmente aquela que por um motivo ou outro não pode contar com o auxílio de cônjuge, devido a verificação de que grande parte das famílias atendidas por programas sociais do governo federal é chefiada unicamente por mulheres.

Conclui-se, por fim, que em verdade ambas as alterações legislativas perfilham como pano de fundo uma preocupação com a discussão de gênero e estão atentas à necessidade de discriminantes positivas em favor das mulheres, considerando sua trajetória histórica. Objetivam, mesmo que ainda de forma incipiente, proporcionar a plena isonomia constitucional por meio da tentativa de reparação da desigualdade material entre homens e mulheres, não excluindo a preocupação com os filhos – hipossuficientes da relação – e com a função social da propriedade.

Referências bibliográficas

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Medida Provisória nº 561 e o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV em nome da mulher. 2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7290>. Acesso em: 27 nov. 2014

AMORE, Caio Santo; SHIMBO, Lúcia Zanin; RUFINO, Maria Beatriz Cruz. Minha casa... e a cidade?: avaliação do programa minha casa minha vida em seis estados brasileiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 44. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Exposição de Motivos Interministerial nº 08, de 29 de novembro de 2010.

Estabelece a exposição de motivos da Medida Provisória nº 514, de 1º de dezembro de 2010. E.M.I. nº 00008/2010/mcidades/mf/mp/mj. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Exm/EMi-8-MCIDADES--MF--MP-MJ-MPv514-10.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Exposição de Motivos Interministerial nº 06, de 2 de março de 2012. Estabelece a exposição de motivos da Medida Provisória nº 561, de 8 de março de 2012. E.M.I. nº 00008/2010/mcidades/mf/mp/mj. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/561.htm >. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Censo demográfico, 2010. Proporção de famílias com mulheres responsáveis pela família. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0&cat=-15,-16,-17,--18,128,129&ind=4704>. Acesso em: 28 mai. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº 12.693(2012). Conversão da Medida Provisória nº 561, de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12693.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Lei nº 13.465(2017). Conversão da Medida Provisória nº 759, de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm >. Acesso em: 15 jul. 2017.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. A evolução da família e seus direitos. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7_-_a_evolu%E7%E3o_da_fam%EDlia_e_seus_direitos.pdf >. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. A mulher e o Direito. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_732)23__a_mulher_e_o_direito.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

DUBENA, Paulo Sergio; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de. Programa minha casa minha vida: instrumento de desenvolvimento social e de valorização da mulher. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, n. 23, 2014, Florianópolis. Direitos sociais e políticas públicas III. Florianópolis: Conpedi, 2014. pp. 15-23. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=499b9a5e43ad2e70>. Acesso em: 25 mai. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direitos reais, 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2012.

FREITAS, Douglas Phillips. Usucapião conjugal: comentários ao art. 1.240-A do Código Civil. Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. 15, n. 356, p. 38-40, nov./2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 37.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINHA Casa Minha Vida - Habitação Urbana: A grande chance de o trabalhador urbano morar no que é seu. Portal eletrônico da Caixa Econômica Federal. 2017. Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minha-vida/urbana/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 20 mai. 2017.

MULHERES são as principais contratantes do Minha Casa Minha Vida Rural. Portal Brasil. 2016. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2016/01/mulheres-sao-as-maiores-contratantes-do-minha-casa-minha-vida-rural>. Acesso em: 28 mai. 2017.

ONU - Organização Das Nações Unidas. Convenção Sobre A Eliminação de Todas As Formas de Discriminação Contra A Mulher. 1979. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2017.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A Nova Usucapião Especial por Abandono de Lar e a Função Social da Propriedade. Síntese Direito de Família. São Paulo, n. 71, p. 19-31, abr./ maio. 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: direitos reais. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. Aldacy Rachid Coutinho ...[etal];In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 311-344.

SIMÃO, José Fernando. Usucapião familiar: problema ou solução? Disponível em <http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2011/07/artigo-de-jose-fernando--simao-sobre.html>. Acesso em: 27 nov. 2014.

TARTUCE, Flávio. A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal. Revista IOB de Direito de Família, São Paulo, v. 14, n. 71, p. 16-18, abr./maio 2012.

VASCONCELOS, Matheus. Mulher no Brasil: uma história de desigualdade e superação. Portal de comunicação do Instituto Observatório do Terceiro Setor. 2017. Disponível em: <http://observatorio3setor.com.br/carrossel/mulher-no-brasil-uma-historia-de-desigualdade-e-superacao/>. Acesso em: 19 mai. 2017

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Coleção direito civil, v. 6.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Coleção direito civil, v. 5.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. Usucapião especial e abandono de lar - Usucapião entre ex-casal. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, v. 14, n. 27, p. 46-60, abr./maio 2012.

A (IM)PRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO COMO SANÇÃO AO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA[1]

THE (IM)PRESCRIPTIBILITY OF THE COMPENSATION OF THE PUBLIC FUNDS AS A SANCTION TO THE ACT OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY

*Luísa Walter da Rosa**

Resumo: Este trabalho apresenta um panorama sobre a Lei n. 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa, partindo do advento da Constituição Federal de 1988 como marco teórico e através de um método de pesquisa dedutivo. Focou-se na análise da natureza material e procedimental da ação de improbidade administrativa como um elemento teórico necessário para a discussão das polêmicas acerca da eventual imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, em virtude de ato de improbidade administrativa que tenha causado prejuízo aos cofres públicos. Considerando a atual conjuntura histórica e política do Brasil, bem como o fato do Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 852.475 quanto à incidência ou não da prescrição nas ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos tipificados como ilícitos ímprobos, pretende-se que o presente estudo valha como auxílio na tomada de posicionamento acerca da especificidade da ação de improbidade administrativa no nosso ordenamento jurídico, não podendo a ela ser fixados institutos jurídicos preestabelecidos, como a ação civil pública, sem as necessárias adaptações e do fato de que as ações de ressarcimento são prescritíveis, fazendo-se necessária a criação de uma lei que fixe um prazo prescricional mínimo elevado a fim de proteger o patrimônio público de forma adequada, à luz da Constituição e sem violar os direitos de outrem.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Natureza da Ação de Improbidade. Ressarcimento ao Erário. Imprescritibilidade. Segurança Jurídica.

Abstract: This work aims to present an overview about the Law n. 8.429/92 - Administrative Improbity Law, using the Federal Constitution of 1988 as theoretical mark and through a deductive research method. It's focused on the analysis of the material and procedural nature of the improbity action as a necessary theoretical element for the discussion of the controversies about the eventual imprescriptibility

---

[1] Artigo apresentado para a disciplina de Direito Administrativo I, do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ/UFSC), ministrada pelo Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam, como parte integrante da avaliação da referida disciplina.

* Acadêmica da 8ª Fase do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ/UFSC). Membro do Grupo de Estudos em Direito Público – GEDIP, da UFSC.

** O trabalho foi escrito com a orientação do Prof. José Sérgio da Silva Cristóvam. Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFSC. Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutoramento Sanduíche junto à Universidade de Lisboa – Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Especialista em Direito Administrativo pelo CESUSC (2003). Membro fundador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro fundador do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC) e da Academia Catarinense de Direito Eleitoral (ACADE). Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Conselheiro Estadual da OAB/SC. Presidente da Comissão de Acesso à Justiça da OAB/SC. Membro da Comissão de Direito Constitucional e da Comissão da Moralidade Pública da OAB/SC.

of the compensation of the public funds, due to an act of administrative improbity that has caused loss to the public funds. Considering the current historical and political situation of Brazil, as well as the fact that the Supreme Federal Court has recognized the general repercussion on the Extraordinary Appeal n. 852.475 as to whether or not should be applied the prescription time lapse on the actions of compensation of the public funds based on acts typified as acts of administrative improbity, it's intended that this study should be worth as assistance in positioning about the specificity of the administrative improbity action in our legal order, not being allowed to fit her in pre-established legal institutes, as the public civil action, without the necessary adaptations and the fact that the compensation of the public funds actions would prescribe, making it necessary to create a law that fixes a minimum elevated prescription time lapse that will protect the public patrimony properly, in light of the Constitution and without violating the rights of others.

Keywords: Administrative Improbity. Nature of the Improbity Action. Compensation of the public funds. Imprescriptibility. Legal security.

1 Introdução

O interesse no tema do presente trabalho surgiu numa das aulas de Direito Administrativo I, ministrada pelo prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam, no curso de Graduação em Direito da UFSC, na qual, ao abordar e explicar o princípio administrativo da moralidade, o professor adentrou nas nuances da Lei n. 8.429/1992 - Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

A discussão centrou-se no enquadramento da natureza da Lei de Improbidade como uma lei penal, civil ou administrativa e nas diversas interpretações do art. 37, §§ 4º 5º da CRFB/88, que versa sobre uma possível imprescritibilidade da sanção de ressarcimento ao erário.

Para além do âmbito da sala de aula, o Professor determinou que uma das avaliações da disciplina seria a confecção de um artigo científico, por parte dos alunos. Sendo assim, propôs-se a pesquisa do presente tema, partindo da Constituição Federal de 1988 como marco teórico, no intuito de averiguar se, tendo em vista o caráter sancionatório da lei e as características dessas sanções, seria mais adequado enquadrar a Lei n. 8.429/92 como uma lei penal, civil ou administrativa, ou se, ante a sua especialidade, ela seria uma combinação das três esferas. Ainda no que diz respeito às sanções, no que concerne especificamente à prescrição, verificar-se-á se a Constituição Federal quis, de fato, conferir o status de imprescritível ao ressarcimento ao erário, em decorrência de atos de improbidade que geraram prejuízo aos cofres públicos.

A importância do tema é constatada ao verificar a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da tese de imprescritibilidade, que inclusive levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a repercussão geral em Recurso Extraordinário (RE n. 852475), que trata da prescrição nas ações de ressarcimento ao erário por parte de agentes públicos em decorrência de ato de improbidade administrativa, em maio de 2016, recurso este ainda pendente de julgamento.

Diante dessas considerações, assinala-se que este trabalho, através de um método de pesquisa dedutivo, tem o objetivo de posicionar-se quanto à natureza da ação de improbidade administrativa, em razão desta ser um elemento teórico necessário para discutir o objeto de pesquisa deste artigo, que seria a aplicação da

prescrição ao ressarcimento ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa. A discussão do tema será feita através da análise dos argumentos daqueles que defendem a prescritibilidade, bem como dos que acreditam que o ressarcimento seria imprescritível.

Para tanto, primeiramente far-se-á uma breve análise do surgimento da Lei n. 8.429/92 e do conceito de improbidade administrativa, analisando a estrutura da referida lei, bem como discutindo quem seriam os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade, o conceito de agente público para fins de improbidade, o procedimento para apurar a improbidade e quais os três tipos de atos de improbidade previstos na lei.

Já no segundo tópico discutem-se as penas dos atos de improbidade, qual caráter predomina na Ação de Improbidade Administrativa - penal, civil ou administrativo e adentra-se na discussão acerca dos prazos prescricionais aplicados à LIA..

No terceiro ponto, por fim, discorre-se acerca da polêmica sobre a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, bem como é feita uma análise minuciosa da redação do dispositivo constitucional que ensejou essa discussão, e apresentam-se os argumentos prós e contras à tese de imprescritibilidade.

2 Panorama da lei n. 8.429/92

A Lei Federal n. 8.429/92, publicada em 02 de junho de 1992, veio com o intuito de regulamentar o artigo 37, §4º da Constituição Federal de 1988, que, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, dispôs expressamente acerca da improbidade administrativa. A previsão do parágrafo é a seguinte: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível." (BRASIL, 1988).

O referido dispositivo constitucional estabelece quais sanções poderão ser aplicadas aos agentes que cometerem atos ímprobos, dispondo que a forma e a gradação das respectivas sanções estarão previstas em lei infraconstitucional. Contudo, a Constituição tratou do tema de forma superficial, não adentrando em várias temáticas essenciais à matéria, tais como: o conceito de improbidade administrativa, quais agentes poderão cometer atos de improbidade, se todos eles estarão submetidos às respectivas sanções, e tampouco qual será a forma e aplicação das sanções, bem como eventuais prazos prescricionais.

Em razão da necessidade de regulamentação do referido dispositivo constitucional, surge a Lei de Improbidade Administrativa (LIA). O intuito dessa disposição normativa seria preencher os espaços deixados pelo legislador constitucional. Assim, através da ação de improbidade administrativa, pretende-se o "reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa" (CARVALHO FILHO, 2017, p. 1146).

Por outro lado, um dos motivos mais preponderantes para a criação da lei

foi a necessidade de um instrumento forte de combate à corrupção administrativa, como forma de garantir o republicanismo e o Estado Democrático de Direito, com o reforço dos instrumentos de controle da máquina administrativa através de transparência, prestação de contas e controle social (NEVES; OLIVEIRA, 2015).

2.1 Conceito de improbidade administrativa

O conceito de improbidade administrativa foi construído em sede doutrinária, tendo em vista a ausência de disposição expressa no ordenamento jurídico. Para isso, em que pese a existência de divergências doutrinárias[2], neste artigo adotou-se o entendimento de que o conceito decorre do princípio da moralidade, que engloba o dever de probidade como uma de suas consequências, conforme defendido por José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 1146) e Rogério Pacheco Alves e Emerson Garcia (2014, p. 102/104). Assim, os agentes públicos e terceiros que se relacionam com a Administração Pública possuem um dever de probidade, que seria um dever de agir com ética, honestidade, decoro e boa-fé.

Desta forma, improbidade administrativa pode ser conceituada como o atuar em nome do Estado com falta de ética, decoro, desonestidade e má-fé. O agente ímprobo, portanto, violaria o princípio da moralidade administrativa. Além dos atos que acarretam enriquecimento ilícito e lesão ao erário, também serão considerados atos de improbidade administrativa aqueles que violem os princípios que regem a Administração Pública, conforme se discutirá no item 1.5.

Coaduna deste entendimento o constitucionalista José Afonso da Silva, que, ao versar acerca do princípio da moralidade administrativa, afirma que

> A probidade administrativa consiste no dever de o "funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer." O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem. (SILVA, 2015, p. 680).

Em suma, como bem sintetiza José dos Santos Carvalho Filho, improbidade administrativa é a inobservância de valores morais através de comportamentos desonestos que agridem à Administração Pública, sem integridade e ofensivos aos direitos de outrem (CARVALHO FILHO, 2016).

2.2 Sujeito ativo e passivo

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) é considerada uma lei nacional, que se aplica a todas as entidades da Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e indireta (fundação pública, autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas).

---

[2] Parte da doutrina sustenta que a probidade seria um subprincípio, uma dimensão da moralidade administrativa, enquanto outros autores defendem que a improbidade seria apenas a violação do princípio da moralidade, sendo moralidade e probidade, portanto, sinônimos, entendimento este adotado no presente artigo.

A lei difere e classifica os sujeitos da improbidade administrativa em duas categorias: ativo, que seria aquele que pratica o ato de improbidade, e passivo, aquele que sofre os efeitos do ato.

Sintetizando, o sujeito passivo é a vítima do ato de improbidade. De acordo com a previsão expressa no artigo 1º da lei, podem ser sujeitos passivos a Administração direta, indireta ou fundacional dos poderes em todos os níveis, a empresa incorporada ao patrimônio público, a entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou receita anual, a entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício de órgão público e a entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou receita anual.

As duas últimas são consideradas como sujeitos passivos secundários (CARVALHO FILHO, 2017, p. 1150)[3], e a sanção patrimonial limita-se à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

De forma resumida, o sujeito passivo do ato de improbidade seria a pessoa jurídica contra a qual foi praticado o ato, que teve seu patrimônio ou a sua integridade como ente administrativo lesionados, por conduta ímproba de agentes públicos e/ou terceiros. (FAZZIO JÚNIOR, 2014, p. 26).

Já o sujeito ativo seria o autor do ato de improbidade. A lei prevê expressamente que poderão praticar atos de improbidade os agentes públicos e particulares/terceiros, estes últimos quando, direta ou indiretamente, induzirem, concorrerem ou se beneficiarem do ato de improbidade, conforme previsão legal no artigo 3º da LIA. Em relação aos terceiros, estes não poderão, isoladamente, serem sujeito ativos do ato de improbidade, agindo portanto como coautores ou partícipes do ilícito em conjunto com o agente público.

2.3 Conceito de agente público para fins de improbidade

Conforme indicado no item anterior, o principal autor ímprobo da conduta é o agente público. No seu artigo 4º, a LIA dispõe que todo agente público, independentemente do grau hierárquico, deverá respeitar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Qual seria, portanto, o conceito de agente público para fins de improbidade?

Para responder a essa pergunta, cumpre destacar que a definição de agente público para a Lei n. 8.429/92 difere do conceito de agente público para o Direito Administrativo como um todo[4]. Desta forma, agente público, para fins de improbidade administrativa, seria toda pessoa física que exerce função pública (mandato, cargo, emprego ou função pública temporária), ainda que sem remuneração. A principal diferença estaria que, para a LIA, não importa a qualidade do vínculo entre o agente público e o Estado, e sim o agir do agente, a forma como ele age, em nome do Estado. Segue e a redação do dispositivo legal do artigo 2º da LIA:

---

[3] Terminologia adotada por José dos Santos Carvalho Filho.

[4] Agente público, para o Direito Administrativo como um todo, é aquele que possui vínculo formal com o Estado.

> Art. 2° Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (BRASIL, 1992).

Assim, percebe-se que o conceito do artigo 2º é bastante amplo, abrangendo não só os agentes públicos que fazem parte dos quadros do Estado (servidores e empregados públicos), como também empregados de entidades privadas instituídas por recursos públicos ou que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício de órgão público.

Cabe fazer uma ressalva quanto aos agentes políticos, também englobados no conceito de agente público para a LIA. É notório que os agentes políticos podem praticar ato de improbidade administrativa. Contudo, quando o praticarem, nem sempre responderão de acordo com a Lei n. 8.429/92, havendo a possibilidade de responderem por crime de responsabilidade, a depender da conduta e do agente político, de acordo com os artigos 52, I e II, e 102, I, c da Constituição Federal. A título exemplificativo, caso o Presidente da República atente contra a probidade na administração, ele cometerá crime de responsabilidade, conforme artigo 85, V da CRFB/88, e será julgado perante o Senado Federal.

2.4 Procedimento para a apuração do ato de improbidade

O capítulo V da Lei de Improbidade Administrativa dispõe acerca do procedimento para apurar a ocorrência de atos de improbidade administrativa. Existem diversas formas admitidas em Direito para firmar o conjunto probatório da Ação de Improbidade Administrativa, como um Processo Administrativo Disciplinar (PAD) e um Inquérito Civil.

Quanto à apuração do ilícito na esfera administrativa, esta pode ser feita através de um Processo Administrativo Disciplinar[5], que servirá como fundamento de eventual instauração de um processo judicial. Se o PAD concluir que o agente público e eventual terceiro praticaram ato de improbidade, o Ministério Público deverá ser comunicado para dar início à respectiva ação judicial, cuja natureza será discutida no próximo item do presente artigo.

Entretanto, conforme afirmado anteriormente, a instauração do processo judicial não depende da existência do processo administrativo, servindo este apenas como lastro probatório da ação judicial.

Importante destacar, desde já, que a conduta do agente público pode ofender o bem jurídico em diversos níveis, ensejando a responsabilização nas três esferas - civil, penal e administrativa, sem que isso configure bis in idem.

2.5 Atos de improbidade administrativa

[5] O PAD reger-se-á pelas disposições normativas constantes nas leis n. 8.112/90 e 9.784/99, a depender do caso e da qualidade do agente investigado.

Os atos de improbidade administrativa estão relacionados na LIA nos artigos 9, 10, 10-A e 11. Cabe dizer que a tipificação levou em consideração os bens jurídicos tutelados e afetados pela conduta ímproba e que o rol desses artigos é meramente exemplificativo.

No artigo 9º constam os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito. Nesses casos o servidor e eventual terceiro receberam vantagem patrimonial indevida, em decorrência do exercício da função pública. Nestas hipóteses é indispensável que o agente tenha agido com dolo, não sendo punível a conduta praticada com culpa. Não é necessário que tenha havido prejuízo ao erário, e a conduta consumada será sempre comissiva.

No artigo 10 estão os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário. Nestes casos, os atos previstos são aqueles que dilapidam o patrimônio público, decorrentes de ação ou omissão, com elemento subjetivo de dolo ou culpa. Esta é a única modalidade de ato de improbidade que pode ser praticado com culpa do sujeito ativo.

No artigo 10-A, incluído pela Lei Complementar nº 157 de 29/12/2016, estão os atos de improbidade oriundos de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário. O bem jurídico tutelado é o patrimônio público. Acerca da inovação legislativa, José dos Santos Carvalho Filho pontua, de maneira correta que

> O legislador pretendeu evitar os efeitos danosos causados ao patrimônio público em consequência da má gestão do sistema tributário e financeiro por administradores municipais, sobretudo nas hipóteses de concessão indevida de isenções e outros benefícios em flagrante desvio de finalidade e apenas para favorecer alguns apadrinhados, tudo - é claro - em detrimento do erário. Administradores com tal marca devem mesmo ser responsabilizados como agentes ímprobos para fins de improbidade administrativa. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 1161, 1162).

Por fim, no artigo 11, constam os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública. É importante afirmar que todo ato de improbidade administrativa atenta contra os princípios da Administração Pública. Entretanto, caso a conduta do agente só se enquadre na violação de um princípio, sem que cause enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, o agente deverá tê-la cometido de forma dolosa. A jurisprudência tem entendido que para a caracterização da improbidade administrativa prevista neste artigo é suficiente o dolo genérico, sem necessidade de fim especial.

3 Natureza da ação de improbidade administrativa, sanções e prazos prescricionais

Após uma breve análise acerca das principais disposições da Lei de Improbidade Administrativa, cumpre agora, nos dois próximos pontos, versar acerca dos objetos de pesquisa neste artigo científico.

Depois de conceituar os quatro tipos de atos de improbidade administrativa que constam em lei, encarrega-se agora de analisar as sanções que podem ser aplicadas aos que os praticarem, previstas tanto no artigo 37, §4º da CRFB/88 quanto na própria LIA. Nesse ponto é inevitável adentrar na discussão acerca do caráter destas sanções, bem como da natureza da própria ação de improbidade administrativa. A natureza da persecução seria cível, penal, administrativa ou en-

volveria as três naturezas? A ação de improbidade administrativa é meramente uma ação civil pública ou uma ação única e especial?

Depois de apresentadas as conclusões obtidas, por último, neste tópico far-se-á uma análise da incidência do instituto da prescrição na improbidade administrativa, bem como dos diferentes prazos prescricionais.

3.1 Sanções penais, civis e administrativas

No artigo 12, incisos I a IV, a Lei n. 8.429/92 prevê as sanções aplicáveis no caso de condenação do agente por ato de improbidade, diferenciando as sanções a depender do caráter do ato praticado. As penalidades poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, sendo que o que determinará isso é a extensão do prejuízo causado e a repercussão do ato de improbidade perante a sociedade.

Em síntese, as sanções podem ser resumidas no seguinte rol: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público, proibição de receber, direta ou indiretamente, benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Acerca do caráter destas sanções, em que pese existam divergências doutrinárias sobre esse ponto[6], com a pesquisa realizada neste trabalho, entende-se que existem sanções políticas, civis, administrativas e até penais, cuja classificação depende do bem jurídico a ser tutelado ou do sistema utilizado para a sua aplicação (ALVES; GARCIA, 2014, p. 623/624). A aplicação destas sanções em diferentes esferas não é proibida, tendo em vista que o Processo Administrativo Disciplinar poderá culminar na aplicação de uma penalidade ao agente, assim como a ação civil e a ação penal, neste último caso somente quando o ato de improbidade configure-se também como um ilícito previsto na lei como crime.

As três instâncias - penal, civil e administrativa - são independentes, sendo restringida apenas a aplicação, mais de uma vez, da mesma sanção, mesmo que em esferas diferentes. Isso se deve ao fato da probidade administrativa ser tratada como um direito difuso, visando a integridade do patrimônio público econômico, envolvendo conceitos de outras áreas do sistema jurídico, e não só o que está previsto na LIA.

Ainda, como a lei não prevê a dosimetria das sanções, caberá ao juiz atentar ao princípio da proporcionalidade, analisando o caso concreto e estabelecendo sanções mais leves às condutas de menor gravidade e mais severas às mais graves.

Desta forma, é inegável constatar que o legislador, ao escrever a Lei de Improbidade Administrativa, valeu-se de conceitos do âmbito penal, civil e administrativo, o que faz com que a LIA seja uma lei extremamente específica no nosso ordenamento jurídico, merecendo, portanto, uma flexibilização na aplicação dos institutos processuais e de direito material nas situações que incidam na sua tutela jurídica.

---

6 A título exemplificativo, diverge do entendimento adotado neste artigo o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, que entende que o caráter de todas as sanções seria civil (CARVALHO FILHO, 2017, p. 1165).

3.2 Natureza da ação de improbidade administrativa

Conforme se verificou acima, as penalidades previstas àquele que comete um ato de improbidade administrativa não se restringem a apenas uma esfera jurídica. A depender da extensão e gravidade da sua conduta, o agente poderá ser penalizado civil, administrativa e/ou criminalmente.

Um dos aspectos mais discutidos acerca da LIA seria que a lei, apesar de prever alguns aspectos acerca do processo judicial de improbidade administrativa (artigos 14 e seguintes), em nenhum momento esclareceu que tipo de ação seria essa, ficando ao encargo da doutrina e jurisprudência decidirem qual seria o procedimento processual adequado.

Atualmente, na prática, a ação de improbidade administrativa é vista como uma espécie de ação civil pública, a qual tutela os interesses difusos e coletivos da sociedade, de acordo com as disposições da Lei n. 7.347/85. A isso se deve, principalmente, a disposição final do artigo 37, §4º da CRFB/88, que dispõe que "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível." Esse "sem prejuízo da ação penal cabível" seria uma afirmação contundente de que a ação de improbidade poderia ostentar a natureza de qualquer outra ação, mas não de uma ação penal.

Aqueles que defendem que a ação de improbidade administrativa se daria por vias de ação civil pública o fazem sob o argumento de que o patrimônio público econômico e o interesse no sentido de uma administração proba seriam interesses difusos, tutelados pelo espectro da ação civil pública. Ainda, versam que, sendo o Ministério Público o titular da ação civil pública, conforme disposição do artigo 129, III da CRFB/88, sendo esta mais uma conclusão de que os bens jurídicos protegidos pela LIA seriam direitos difusos e coletivos.

É este o entendimento de Waldo Fazzio Júnior[7], que ainda complementa que "nada impede, pois, concluir que a ação civil pública prevista na Lei nº 9.429/92 pode ser ação civil pública, cabendo perfeitamente nos moldes estabelecidos pelo art. 1º, V, da Lei nº 7.347/85" (FAZZIO JÚNIOR, 2014, p. 428). É este também o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), acerca do cabimento da ação civil pública no campo da improbidade administrativa.

Contudo, cumpre destacar que o rito da ação civil pública não é especial, e, conforme entendimento de Waldo Fazzio Júnior e do próprio STJ, é possível tutelar a probidade administrativa por meio da ação civil pública, mas não é este o único caminho a ser seguido.

Ante as diversas nuances da Lei de Improbidade Administrativa, entende-se que ela é dotada de uma regra de especialidade, a qual abarca uma natureza mista de lei penal, civil e administrativa, sendo de pouca importância se ater a nomenclatura utilizada para a proposição de uma ação de improbidade administrativa.

---

[7] Dentre os autores pesquisados neste artigo, coadunam do entendimento de que a ação de improbidade administrativa pode ser uma espécie de ação civil pública Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2014, p. 877/883).

[8] Não entendem a ação de improbidade administrativa como uma ação civil pública Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes.

Como bem defendido por José dos Santos Carvalho Filho, o autor acredita que a ação de improbidade administrativa não seria uma ação civil pública[8], e estaria mais próxima de uma ação coletiva, dentro do microssistema do processo coletivo, porém pouco importaria a nomenclatura da ação, tendo em vista que "o nomen juris da ação não afeta seu procedimento, nem a pretensão que nela se formula, nem a decisão a ser proferida" (CARVALHO FILHO, 2017, p. 1179).

Deste modo, admite-se doutrinariamente que a ação de improbidade administrativa possa ser uma ação civil pública, uma ação popular, uma ação coletiva (ALVES; GARCIA, 2014, p. 883/885) ou uma mera ação de improbidade administrativa, regida por critérios especiais, a depender da extensão e repercussão do ato de improbidade praticado, sendo este último o entendimento com o qual se concorda neste artigo.

Por fim, quanto à natureza material da ação de improbidade - se esta seria cível ou penal, a lei opta por misturar conceitos ao dispor acerca das "penas", no capítulo III, e das "disposições penais" no capítulo VI. Para elucidar a questão, portanto, cumpre analisar as disposições legais acerca da improbidade administrativa como um todo, interpretando na literalidade o dispositivo constitucional que concede à ação de improbidade administrativa uma natureza cível, sem prejuízo da ação penal cabível (GARCIA; ALVES, 2014).

Nesse sentido também entende José dos Santos Carvalho Filho, que afirma que

> a ação de improbidade ostenta natureza cível, ou seja, caracteriza-se como ação civil, muito embora tenha uma sequência de condutas que se assemelham aos tipos existentes na legislação penal. Esse fato, aliás, ensejou para alguns estudiosos a consideração de que a LIA tem forte conteúdo penal. Em nosso entender, contudo, são esferas diferentes. Conquanto atos de improbidade possam também configurar-se como crimes, a apuração das condutas e a aplicação das sanções dar-se-ão nas esferas cível e penal, respectivamente. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 103).

Destarte, verifica-se que a principal natureza da ação de improbidade seria a cível, regida procedimentalmente, portanto, pelas regras processuais civis, em que pese o legislador tenha adicionado institutos e vieses penais e administrativos dentro da norma jurídica.

Por fim, averiguou-se que para se discutir a prescrição na LIA, e principalmente a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, o que será feito nos próximos tópicos, deve-se partir da natureza jurídica da ação de improbidade administrativa como elemento teórico necessário.

3.3 Prazos prescricionais

Consolidado o elemento teórico discutido acima, cabe analisar o instituto da prescrição. Tal instituto representa a perda da possibilidade de formulação da pretensão, em razão da inércia do interessado. Consumada a prescrição, o sujeito ativo isenta-se das sanções do ato que praticou e o sujeito passivo fica impedido de conseguir a condenação do autor da conduta.

Na Lei de Improbidade Administrativa os prazos prescricionais estão previstos no artigo 23. O inciso I dispõe que a propositura da ação prescreve em 5 anos,

contados a partir do término do exercício da função pública, para aquele que tiver mandato, cargo em comissão ou função de confiança. No inciso II a lei se refere a prazo prescricional previsto em lei específica, e no inciso III também há o prazo de 5 anos para aqueles que trabalham em instituição privada que recebe recursos públicos, contados a partir da apresentação das contas relativas ao recurso público recebido.

Sobre a disposição do inciso II do artigo 23, é importante colacioná-lo a fim de discutir aspectos importantes. A redação do inciso é a seguinte: "Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: [...] II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego." (BRASIL, 1992).

O fato de a lei não explicar a qual lei específica está fazendo referência enseja vários entendimentos doutrinários sobre o assunto. Um deles seria de que se aplica o Estatuto do Servidor Público - Lei n. 8.112/90, que no inciso I do artigo 142 prevê que o prazo prescricional seria de 5 anos, e no §2º do artigo 142 que "os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime." (BRASIL, 1990). Desta forma, o ato de improbidade que também configurar crime se submete ao prazo prescricional da legislação penal.

Acerca dessa disposição legal, é importante analisar dois aspectos polêmicos. O primeiro seria sobre o entendimento pacificado pelo STJ[9] de que só se utiliza o prazo prescricional da lei penal caso o ato de improbidade tenha sido efetivamente apurado na esfera criminal (GARCIA; ALVES, 2014, p. 755). Tal entendimento mostra-se correto, principalmente levando em consideração a independência das esferas e o fato de que uma condenação criminal não necessariamente ensejaria uma condenação civil e/ou administrativa.

Outro ponto a ser analisado é qual prazo prescricional penal deverá ser aplicado: o prazo da pena in abstracto ou o da pena in concreto aplicada? O STJ tem entendido que se aplica o prazo da prescrição pela pena em abstrato, entendimento com o qual coaduna José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2016, p. 161).

Ainda sobre os prazos prescricionais, percebe-se que a LIA fez a diferenciação do prazo de acordo com a qualidade do agente público. Contudo, nada disse sobre o prazo prescricional da pretensão de condenação de terceiro/particular que praticou ato de improbidade. Desta forma, o questionamento doutrinário (GARCIA; ALVES, 2014, p. 756) é se considerar-se-ia a ação imprescritível, aplicar-se-ia o artigo 23 da LIA por analogia, ou valer-se-ia do prazo prescricional genérico constante no artigo 205 do Código Civil, que dispõe que o prazo prescricional seria de dez anos, quando a lei não haja fixado prazo menor?

O entendimento majoritário, exemplificado nas obras de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2014, p. 756/757) e José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 1185), com o qual se concorda neste artigo científico, é de que o terceiro não

---

[9] 1ª Seção, MS n. 15.462/MS, rel. Min. Humberto Martins, j. em 14/03/2011, DJe de 22/03/2011.

[10] STJ, REsp 1.433.552, j. 25/11/2014; AgRg no REsp 1.510.589, j. 26/05/2015.

poderá ser submetido a tratamento mais gravoso do que o próprio agente público. Em primeiro lugar porque o terceiro jamais pratica sozinho o ato de improbidade, e em segundo lugar porque é mais adequado e coerente buscar a interpretação por analogia numa lei administrativa - no caso, a Lei n. 8.429/92 - do que se valer do Código Civil. Este entendimento também tem sido adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões[10].

Por fim, dentre todas as polêmicas que envolvem a prescrição nos atos de improbidade administrativa, a mais importante é aquela que dispõe acerca da eventual imprescritibilidade da pretensão da sanção de ressarcimento ao erário, que será abordada no tópico seguinte.

4 A submissão do ressarcimento ao erário à prescrição

A polêmica acerca da prescrição da sanção de ressarcimento ao erário surgiu em razão da redação da parte final do §5º do art. 37 da Constituição Federal, que dispõe que "a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento." (BRASIL, 1988).

Em virtude dessa ressalva, pende até hoje discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da hipótese das ações que visassem o ressarcimento ao erário serem prescritíveis ou não.

Quanto a isso, inicialmente é preciso destacar que a CRFB/88 optou pela utilização do termo "ilícitos" e não "atos de improbidade administrativa". Desta forma, um primeiro ponto a ser analisado seria se o dispositivo se refere a literalmente qualquer ilícito praticado por um agente público que cause prejuízo ao erário ou somente os ilícitos que se caracterizem como atos de improbidade administrativa.

Tal distinção é de tanta importância que foi justamente feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao fixar a repercussão geral do RE n. 852.475, sob o argumento de que o STF já teria manifestado entendimento quanto a prescritibilidade dos ilícitos civis praticados por agentes em ação de reparação de danos à Fazenda Pública, e não quanto aos ilícitos decorrentes de atos ímprobos.

Segue a ementa do acórdão que fixou a repercussão geral:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa. 2. Repercussão geral reconhecida. (RE 852475 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 25-05-2016 PUBLIC 27-05-2016).

Quanto ao julgamento do RE 669069, precedente à decisão acima colacionada, firmou-se a tese de que a ação de reparação de danos à Fazenda Pública, decorrente de ilícito civil, portanto não de improbidade administrativa, seria prescritível. Segue ementa:

> CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 669069, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016).

Para que a tese acima fosse firmada, os Ministros do STF discutiram acerca do alcance da fixação de uma tese de imprescritibilidade, se seria capaz de abranger todo e qualquer ilícito que gerasse o ressarcimento ao erário. Assim, o relator do processo, Min. Teori Zavascki, entendeu que a ressalva contida na parte final do §5º do artigo 37 da CRFB/88 deveria ser entendida de maneira estrita, pois uma interpretação ampla da ressalva final conduziria à imprescritibilidade de toda e qualquer ação de ressarcimento movida pelo erário, mesmo as fundadas em ilícitos civis que não decorram de culpa ou dolo.

Da análise da transcrição das discussões que levaram ao acórdão que negou provimento ao recurso, extraem-se diversos argumentos que coadunam com a tese da prescritibilidade do ressarcimento ao erário, como os trazidos pelo Min. Luiz Roberto Barroso, autor da tese firmada, que suscitou ser temerário estender a todos os ilícitos a imprescritibilidade, pois a Constituição, quando quis estabelecer as hipóteses de imprescritibilidade, o fez claramente

Destacam-se também os argumentos utilizados pelo Min. Marco Aurélio, dentre eles a seguinte afirmação, no sentido de não ser possível "chegar a incongruência e assentar esse privilégio – como todo privilégio, odioso –, ou seja, de a Administração Pública, a qualquer momento, acionar, no campo do ressarcimento, a ação cabível. A ação deve ser ajuizada no prazo assinado em lei, inclusive – repito – a ação de regresso. [...] Observando não só o sistema, como também a ordem natural das coisas; observando, acima de tudo, a segurança jurídica, concluo que nela não está escrita a imprescritibilidade das ações de ressarcimento". (BRASIL, STF – RE 669069, 2016, p. 80).

Outro ponto a ser analisado sobre a discussão da prescrição do ressarcimento ao erário seria, em atenção aos princípios previstos na CRFB/88, garantidores da nossa ordem constitucional e democrática, principalmente considerando o princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas, a regra imposta pela Constituição como um todo é a prescritibilidade das pretensões. Tanto é que as exceções à prescritibilidade encontram-se expressa e taxativamente colocadas na Constituição, como nos casos penais em que é imprescritível a pretensão punitiva nos crimes de racismo (art. 5º, XLII) e nos crimes consistentes em ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

Logo, é neste contexto que analisar-se-ão os posicionamentos favoráveis e contrários a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário.

---

11 Dentre os autores pesquisados neste artigo, defendem a tese da imprescritibilidade José dos Santos Carvalho Filho (2016), José Afonso da Silva (2015), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014), Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2014), Waldo Fazzio Júnior (2014) e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2014).

4.1 Posicionamento favorável à imprescritibilidade do ressarcimento ao erário

Os argumentos utilizados pelos defensores da imprescritibilidade[11] da imposição da sanção de ressarcimento ao erário àqueles que praticarem atos de improbidade administrativa são de que a ressalva feita pelo legislador constitucional caracterizaria uma hipótese de imprescritibilidade no âmbito civil-administrativo, e que o que motivou essa escolha foi a necessidade de proteção do patrimônio público por tempo indeterminado.

Em relação a isso, afirma José dos Santos Carvalho Filho que

> aquele que causa algum prejuízo ao erário, seja agente público ou não, tem a obrigação de indenizar o ente estatal prejudicado. Essa pretensão é de caráter indenizatório (ou reparatório) e, mais especificamente, de feição ressarcitória [...]. É exatamente essa pretensão à indenização ao ressarcimento dos danos que, pela Constituição, merece o amparo da imprescritibilidade. A qualquer tempo, pode o Estado direcioná-la contra o causador dos prejuízos, sem que este possa objetar com a existência dos fatores tempo e inércia do titular, que delineiam o fenômeno prescricional. Como se observa, cuida-se de garantia outorgada constitucionalmente ao patrimônio público. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 247).

A justificativa, portanto, seria de que a imprescritibilidade serviria como uma forma de prevenir prejuízos irreparáveis ao patrimônio público. Assim, seria a imprescritibilidade uma prerrogativa do Poder Público, como forma de proteção dos direitos da própria coletividade, permitindo que a proteção ao erário se desse da forma mais ampla possível.

Contudo, é inadmissível não considerar que tal justificativa é plausível apenas no plano teórico, considerando que, na prática, por mais que se proteja o patrimônio público, do qual é titular toda a coletividade, a realidade brasileira é que grande parte desse patrimônio não se destina à coletividade, e sim se concentra nas mãos dos mais "ricos" ou de políticos corruptos que jamais ressarcirão a quantia exata surrupiada dos cofres públicos.

Tal afirmativa encontra respaldo na enorme desigualdade social existente no nosso país, com discrepâncias gritantes entre os salários da população, a carência de recursos públicos a depender da região do país, como educação, saúde, infraestrutura, se comparados com os da iniciativa privada, da qual podem usufruir aqueles com poder aquisitivo maior. Além disso, não se pode esquecer das notícias cada vez mais alarmantes sobre os nossos índices de corrupção.

O Estado já goza de inúmeras prerrogativas processuais, e, sendo assim, não há justificativa para que este se beneficie também do instituto, ficando notadamente em vantagem em relação ao investigado, o qual terá violados os seus direitos de ampla defesa, devido processo legal e segurança jurídica.

Outro aspecto a ser analisado é de que o que prescreve é a apuração do ilícito, e não a sua punição na forma de ressarcimento aos cofres públicos. Ora, com certeza é cerceado o direito de defesa do acusado quando é imposta uma sanção a um fato prescrito que não poderá ser apurado de forma adequada. Como será imposto a um agente o ressarcimento ao erário se a própria apuração do seu ato que tenha eventualmente gerado prejuízo ao erário está prescrita? Mais uma vez se constata a diferença da aplicação na teoria e na prática.

Contudo, não obstante as críticas feitas acima, reconhece-se que no cenário atual grande parte dos agentes que cometeram improbidade administrati-

va causando um prejuízo ao erário saem ilesos, recaindo todas as consequências negativas de suas condutas sobre a população, que sente a falta dos recursos públicos desviados, que muito provavelmente não retornarão aos cofres públicos.

4.2 Posicionamento contrário à imprescritibilidade do ressarcimento ao erário

Aqueles que defendem a prescritibilidade o fazem sob os argumentos de que a Constituição não previu expressamente a imprescritibilidade, e sim fez uma ressalva, a qual está apta a ensejar várias interpretações, dentre elas a de que uma legislação específica poderia prever os prazos para o ressarcimento ao erário, ou caberiam os prazos da própria LIA, ou não se aplicariam prazos inferiores aos previstos no Código Civil, por exemplo.

Há ainda o argumento histórico decorrente da alteração legislativa da Constituição antes da sua promulgação, previsto na redação da Emenda Constitucional de setembro de 1987[12], quando foi excluído o adjetivo "imprescritíveis" da redação atual do §5º do artigo 37, e colocado em seu lugar a palavra "ressalva" (FERREIRA, 1991, p. 312/314). Desta forma, seria possível entender que o prazo prescricional para o ressarcimento ao erário é independente do prazo fixado às demais sanções.

O nome principal da defesa da tese de prescritibilidade é o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, que, até a 26ª edição da sua obra Curso de Direito Administrativo defendia a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, Contudo, a partir de 2009, mudou o seu entendimento após presenciar a exposição do professor Emerson Gabardo em Congresso Mineiro de Direito Administrativo.

Ao adotar a tese da prescritibilidade, Bandeira de Mello afirma que a imprescritibilidade obrigaria a parte a conservar indefinidamente, e, talvez até suas gerações seguintes, a prova do não cometimento eventual de uma infração ou de um ilícito administrativo, o que inviabilizaria, na via indireta, o direito de defesa do administrado. Em contrapartida, "o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem." (MELLO, 2015, p. 1093).

Da análise como um todo das soluções apresentadas pelos defensores da prescritibilidade do ressarcimento ao erário, destaca-se que os entendimentos de que como o ressarcimento ao erário está previsto na LIA como pena, no artigo 12, incisos II e III, pode-se entender que a ele se aplica o prazo prescricional previsto no artigo 23, I da própria lei, ou que se aplicaria a prescrição quinquenal do Decreto 20.910/32, devem ser rechaçados, pois, se o legislador quisesse que incidisse o prazo prescricional de cinco anos, a ele teria feito referência.

Deste modo, entende-se que o legislador quis sim fixar dois comandos ao redigir o §5º do artigo 37, fixando de um lado a prescritibilidade dos ilícitos administrativos dos agentes públicos, e de outro, um prazo prescricional diferenciado

---

12 Dentre os autores pesquisados neste artigo, defendem a tese da imprescritibilidade José dos Santos Carvalho Filho (2016), José Afonso da Silva (2015), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014), Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2014), Waldo Fazzio Júnior (2014) e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2014).

para as ações de ressarcimento. Acredita-se que tal prazo deverá ser ainda fixado, através de lei específica, e que o ideal é que o prazo prescricional mínimo fosse elevado, pois o patrimônio público merece sim uma proteção digna, só não ao ponto de se vestir sob o manto da imprescritibilidade.

5 Considerações finais

Em sede de considerações finais, diante da pesquisa levada a termo, verificou-se a importância da temática em questão, em razão do destaque que o combate à corrupção tem tomado no Brasil e considerando que este foi um dos principais propósitos que motivou a criação da Lei de Improbidade Administrativa.

O presente artigo propôs-se a pesquisar, em linhas gerais, a natureza material e procedimental da ação de improbidade administrativa e a possibilidade de se considerar a ação de ressarcimento ao erário em virtude do cometimento de um ato de improbidade administrativa como imprescritível.

Para tanto, partiu-se de uma compreensão ampla da Lei n. 8.429/92, para uma análise minuciosa do posicionamento acerca dos temas pelos principais doutrinadores administrativistas e constitucionais da atualidade, de forma a fomentar um posicionamento acerca da problemática levantada.

Quanto à natureza material e procedimental da ação de improbidade administrativa, concluiu-se que a LIA contém institutos e conceitos de caráter civil, administrativo e penal, e que, em virtude da sua especificidade perante o ordenamento jurídico brasileiro, ela não poderá ser apenas "encaixada" dentro de institutos consolidados, como a ação civil pública ou a ação popular. Entende-se que a ação de improbidade administrativa é uma ação própria e específica, a qual poderá reger-se procedimentalmente através das regras do Código de Processo Civil, assumindo ora a feição de ação civil pública, ação popular ou ação coletiva, respeitando sempre as disposições normativas da LIA e da Constituição Federal.

Ainda, em que pese no início desta pesquisa tenha-se considerado a possibilidade de entender a Lei de Improbidade Administrativa como uma lei penal, ao final deste trabalho averiguou-se que tal caracterização seria uma forma de limitar a aplicação da LIA, e que o §4º do artigo 37 da CRFB/88 deve ser interpretado no sentido de que a própria Constituição definiu que a ação de improbidade administrativa não poderia ser enquadrada como uma ação penal.

Ademais, percebeu-se que para a discussão da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, objeto principal desta pesquisa, a natureza jurídica - material e procedimental - da ação de improbidade administrativa deve ser vista como um elemento teórico necessário.

Assim, no tocante a imprescritibilidade da sanção de ressarcimento ao erário, ambos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a favor ou contra são bastante contundentes. Entretanto, após analisar os argumentos, constatou-se que o ideal seria defender uma mistura dos argumentos prós e contras, sem que com isso seja conferido o status de imprescritível a sanção de ressarcimento ao érario decorrente de ato de improbidade administrativa.

Explica-se. É inegável que o patrimônio público mereça uma proteção efu-

siva e diferenciada, razão pela qual não se poderia aplicar o prazo prescricional quinquenal às ações de ressarcimento, pois este prazo pode ser considerado irrisório. Contudo, tal proteção não deve ser tão ampla a ponto de ser considerada imprescritível, principalmente quando se faz uma leitura constitucional sobre o tema. Quando a CRFB/88 quis conferir a algo o caráter de imprescritível, ela o fez de forma expressa, tutelando direitos específicos. Ademais, a Constituição é construída de forma a primar pela dignidade da pessoa humana e também pela segurança jurídica, e não pelo patrimônio.

Porém, considerando que o patrimônio público é de titularidade de toda a coletividade, e que o combate à corrupção decorrente de improbidade administrativa deve ser feito de modo incisivo, ao ressarcimento ao erário deverá ser fixado prazo prescricional mínimo elevado, em lei específica, sem que com isso se violem direitos e garantias fundamentais, como a ampla defesa e o devido processo legal, em detrimento de outros direitos.

Referências bibliográficas

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. 8 ed. rev. atual e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 17 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm Acesso em: 18 abr. 2017

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm Acesso em: 18. abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 852475 RG/SP – São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 19 maio 2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28852475%2ENUME%2E+OU+852475%2EPRCR%2E%29%28897%2ETEMA%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ybv4e2yw Acesso em: 30 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 669069/MG – Minas Gerais. Relator: Ministro Teori Zavascki. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 03 fevereiro 2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28669069%2ENUME%2E+OU+669069%2EACMS%2E%29%28666%2ETEMA%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9ab3c8a Acesso em: 30 mai. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Comentários à Constituição. 3º Vol. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data". 29. ed. Atualizado por WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. 2. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 38 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

INFLUÊNCIAS DO PENSAMENTO DE LOCKE, MONTESQUIEU E TOCQUEVILLE NO SISTEMA DE GOVERNO BRASILEIRO

IMPORTANCES OF THE THOUGHT OF LOCKE, MONTESQUIEU AND TOCQUEVILLE IN THE BRAZILIAN GOVERNMENT

*Natalia Wagner**

Resumo: O presente artigo acadêmico aborda, por meio de pesquisa bibliográfica, a influência que certos filósofos ainda exercem no atual sistema de governo brasileiro, entre eles John Locke, Barão de Montesquieu e Alexis de Tocqueville, que viveram entre os séculos XVII e XIX. Para tanto, apresenta as principais teorias desses pensadores, buscando relacionar com o cenário político atual, analisando aspectos da formação do Brasil, principalmente o processo de democratização, Proclamação da República e a Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Liberalismo. Tripartição dos poderes. Democracia. Constituição Federal. Brasil.

Abstract: This article aims to analyze, through a bibliographic research, the influence that some philosophers still exert on the current national government system, including John Locke, Montesquieu and Alexis de Tocqueville, who lived between the 17th and 19th centuries. To do so, it presents the main theories of these political scientists and philosophers, aiming to link the essence of their ideas with the current political scenario, and analyzing the general aspects of the political development of the nation, specially the process of democratization, the Proclamation of the Republic and the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Liberalism. Separation of powers. Democracy. Federal Constitution. Brazil.

1 Introdução

Com o referido trabalho acadêmico, realizado com o auxílio de pesquisas bibliográficas, visa-se compreender as principais teorias que direcionaram o Brasil desde o século XVII e que perduram até os dias atuais. Para isso, faz-se necessário compreender as principais teorias de John Locke, Barão de Montesquieu e Alexis de Tocqueville, bem como a maneira que se configura, atualmente, o sistema de governo brasileiro. Busca-se perceber, com isso, que apesar de relativamente antigas no que dizem respeito à data, teorias como o liberalismo, tripartição dos poderes e aspectos formais de democracia fazem-se presentes até hoje.

Locke, em Dois tratados sobre o governo civil, publicado em 1689, contribuiu com a teoria do liberalismo político, pois a partir dela inseriu-se nos textos legais brasileiros – como Constituições e Códigos – a ideia de igualdade, respeito à individualidade e o direito à propriedade privada.

* Acadêmica da segunda fase do curso de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, sob as orientações do professor Me. Leonardo Dlugokenski.

Montesquieu, com sua concepção de tripartição dos poderes relatada na obra O espírito das leis, publicada pela primeira vez em 1748, contribuiu para que no Brasil eles fossem divididos em legislativo, executivo e judiciário, contudo, que estivessem independentes e harmônicos entre si.

Já a pesquisa de Tocqueville a respeito da organização dos Estados Unidos disposta em A democracia na América, publicada em 1835, é associada à configuração democrática do Brasil atual – que é assim definido no próprio preâmbulo constitucional de 1988 –, onde os representantes, através de texto legal, tentam dispor a soberania ao povo, que elege seus representantes por meio do voto e têm o direito de fiscalizar o que os membros do Estado estão fazendo ou deixando de fazer aos cidadãos.

Tais teorias influenciaram a implantação do atual sistema de governo e ainda interferem nas decisões dos governantes e na conduta dos governados, mesmo séculos após suas publicações. No entanto, é discutível se, de fato, concepções como o liberalismo, igualdade e democracia, vem sendo realmente efetivadas.

2 John Locke e o liberalismo

John Locke nasceu na Inglaterra em 1632, estudou Filosofia, Medicina e Ciências Naturais na Universidade de Oxford. Foi conselheiro de Anthony Ashley--Cooper, futuro terceiro conde de Shaftesbury, na Inglaterra. Morou algum tempo em Holanda após a queda da antiga cidade e, retornando a Inglaterra, exerceu a função de comissário de recursos até seu falecimento, em 1704 (TERUYA, T. et al., 2010). No início de sua carreira defendeu a centralização do poder nas mãos do monarca. Entretanto, após os estudos em Filosofia, Locke tornou-se um dos principais representantes da teoria dos direitos naturais, líder do empirismo[1] e ideólogo do liberalismo[2] e do iluminismo[3]. No que diz respeito às suas obras escreveu Cartas sobre a tolerância, Ensaio sobre o entendimento humano e Dois tratados sobre o governo civil, onde afirma que o indivíduo surgiu antes mesmo da sociedade e do Estado (MELLO, 2005, p. 81-82).

Em Dois tratados sobre o governo civil, Locke defende a teoria do estado de natureza, composto por liberdade e igualdade. Nele os homens são livres para tomar decisões e fazer uso de seus bens sem a necessidade de permissão de um soberano, pois o poder está nas mãos do povo. O povo, por sua vez, detém o poder de eleger um representante, dispondo, igualmente, do poder de retirá-lo a autoridade. Difere, portanto, da teoria de Hobbes, que afirma que no momento em que o povo elege um soberano lhe confere poder vitalício. Locke também diverge de Hobbes na

---

1 Empirismo é um movimento filosófico que defende que o conhecimento somente pode ser obtido por meio de experiências humanas. Essas, por sua vez, são obtidas através dos sentidos e são responsáveis pela formação de ideias e conceitos existentes no mundo (RAMOS, 2011).

2 "Liberalismo é o nome dado à doutrina que prega a defesa da liberdade política e econômica. Neste sentido, os liberais são contrários ao forte controle do estado na economia e na vida das pessoas. Em outras palavras, o liberalismo defende a ideia de que o Estado deve dar liberdade ao povo, e deve agir apenas se alguém lesar o próximo (conhecido como Princípio do Dano). No mais, em boa parte do tempo, as pessoas são livres para fazer o que quiserem, o que traz a ideia de livre mercado." (SANTIAGO, [s. d.]).

3 "O Iluminismo foi um movimento cultural e intelectual do século XVIII que procurou mobilizar o poder da razão, a fim de reformar a sociedade e o conhecimento herdado da tradição medieval" (MEDEIROS, 2014).

conceituação do estado de natureza: enquanto o primeiro afirma que o estado de natureza é pacífico e harmonioso, o último acredita no Estado de guerra, no qual os indivíduos lutam uns contra os outros por terem direitos idênticos (COELHO, 2005).

> O estado natural tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses [...] e sendo todos providos de faculdades iguais, compartilhando de uma natureza comum, não há como supor qualquer forma de subordinação entre os homens que nos autorize a destruir a outrem, como se fossemos objetos uns dos outros, tal como as criaturas das ordens inferiores são para nós (LOCKE, 2005, p. 24-25).

Dessa forma, por mais que o indivíduo possua plena liberdade para com suas escolhas, ele não deve atentar contra a própria vida ou contra a vida de outros seres.

2.1 O estado de natureza e a sociedade civil

Primeiramente, deve-se buscar compreender que o estado de natureza é anterior a sociedade civil. "Hobbes afirmava que o Estado de natureza nada mais era do que qualquer situação onde não existe governo. Locke por sua vez, entendia que o Estado de natureza era uma situação onde as pessoas se submetiam às Leis da natureza" (GOMES, 2009).

Nele, Locke afirma que o homem surgiu antes mesmo da sociedade e do Estado e que esse foi um estágio pelo qual passou a maior parte da humanidade, sendo de paz, harmonia e igualdade, onde todos possuíam as mesmas vantagens, obrigações e posses de igual valor (MELLO, 2005, p. 84-85).

Não obstante, apesar de o estado de natureza ter caráter pacífico, não está livre de incidentes. A necessidade de superar esses acontecimentos levou os homens ao estabelecimento do contrato social, realizando, assim, a passagem do estado de natureza para a sociedade política ou civil (FARIAS NETO, 2011, p. 251).

> O contrato social é um pacto de consentimento em que os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar [...] os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza. No estado civil os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade e aos bens estão melhor protegidos sob o amparo da lei, do arbitro e da força comum de um corpo político unitário. (MELLO, 2005, p. 86).

A partir do momento que um homem livre se associa a uma sociedade civil, não só ele, mas todos os seus bens e posses, estão sob jurisdição do governo vigente e de suas leis, abandonando o estado de natureza e o poder que detinha em julgar e punir seus semelhantes (LOCKE, 2005, p. 93-94).

Para entender o abandono dos indivíduos ao estado de natureza e seu consequente ingresso às sociedades civis basta perceber que no estado de natureza todos têm direitos iguais, o que torna essa condição instável, pois qualquer um pode agir segundo suas próprias vontades, desrespeitando os direitos dos demais (MELLO, 2005, p. 87).

No estado civil, por sua vez, prevalecem as decisões da maioria, contudo, os direitos da minoria são respeitados. Consequentemente, a sociedade civil se torna estável e imparcial, pois é um ambiente onde todos estão tutelados pela lei (MELLO, 2005, p. 87).

> Os que estão unidos em um corpo, com lei comum estabelecida e magistratura para quem possa apelar – com autoridade para decidir controvérsias e punir os ofensores, podemos dizer que estão em sociedade civil entre si; mas os que não têm em comum a quem apelar no mundo, ainda se encontram no estado de natureza, sendo cada um, por falta de outro, juiz e executor para si mesmo, o que constitui, conforme já vimos, o estado perfeito de natureza (LOCKE, 2005, p. 69).

A evolução do estado de natureza para a sociedade civil permitiu o surgimento dos poderes legislativo ou supremo – responsável pela elaboração de leis –, e subordinados a ele o executivo – responsável por executar e fiscalizar a lei – e ainda o federativo – administra a segurança e os interesses do povo através das relações exteriores (guerras, tratados) –, visando "a paz, a segurança e o bem público do povo", respeitando a propriedade, não só de terras, mas de direitos que já existiam no Estado Natural, como a vida, a igualdade e a liberdade (MELLO, 2005, p. 87).

3 O estado para Montesquieu

Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu pelo seu título de nobreza, nasceu na França em 1689. Estudou Direito na Universidade de Bordeaux e atuou como presidente da Câmara de Bordeaux, resolvendo questões judiciais e administrativas. Foi o filósofo político responsável pela teoria da separação dos poderes, escrevendo obras como Cartas persas, Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e de sua decadência e O espírito das leis – proibida pela Igreja Católica –, onde defendeu ideias como um governo constitucional, a separação dos poderes, a preservação das liberdades civis e a manutenção das leis (PESSANHA; LAMOUNIER, 1973).

Em O espírito das leis, Montesquieu rompe com a ideia de estado de natureza, pois segundo ele, o pacto ou contrato social deveria garantir a estabilidade e prevenir a anarquia. Define, então, lei como "relações necessárias que derivam da natureza das coisas" e faz comparações entre as leis da natureza e as leis positivas. As leis da natureza seriam o princípio de tudo, sendo a paz a primeira lei natural, em seguida viria a busca por alimento, o apelo natural entre seres da mesma espécie – principalmente entre homens e mulheres – e, por fim, o desejo de viver em sociedade (ALBUQUERQUE, 2005, p. 115).

> Montesquieu transfigurou o conceito de lei vigente na época, considerada em suas três dimensões inerentes à ideia de lei de Deus. Em sua primeira dimensão, as leis significavam certa ordem natural, resultante da vontade de Deus. Em sua segunda dimensão, as leis exprimiam também um dever-ser, porquanto a ordem das coisas estava direcionada para uma finalidade divina. Em sua terceira dimensão as leis tinham uma conotação de expressão da autoridade constituída. Desse modo, as leis eram: (a) imutáveis por significarem a ordem das coisas; (b) ideais por visarem uma finalidade perfeita; e (c) legítimas por constituírem expressão da autoridade constituída (FARIAS NETO, 2011, p. 261).

Ao passo que Hobbes afirma que os homens encontram-se naturalmente em estado de guerra, Montesquieu defende a ideia de que esse estado só seria possível após o estabelecimento das sociedades, onde cada uma iria requerer maior vantagem para si, criando, então ,um estado de guerra entre elas. Assim, são necessárias leis positivas para manter a ordem entre os povos, o "direito das gentes"; entre os governantes e os governados, "o direito político"; e entre os cidadãos, "o direito civil" (MONTESQUIEU, 2000, p. 15-16).

Essas leis positivas, por sua vez:

> Devem ser relativas ao físico do país; [...] devem estar em relação com o grau de

> liberdade que sua constituição pode suportar; com a religião de seus habitantes, com suas inclinações, com suas riquezas, com seu número, com seu comércio, com seus costumes, com seus modos. Enfim, elas possuem relações entre si; possuem também relações com sua origem, com o objetivo do legislador, [...] elas formam juntas o que chamamos o ESPÍRITO DAS LEIS (MONTESQUIEU, 2000, p. 17).

Em concordância, Farias Neto (2011, p. 261) afirma que "as leis que governam os povos [...] deveriam ser expressas em função da realidade vigente e do legado histórico pertinentes ao povo que ficaria regulado por essas leis". Desse modo, Montesquieu procurou "estabelecer a relação das leis com as sociedades", denominado por ele de espírito geral das sociedades:

> O espírito geral de uma sociedade estaria associado à sua identidade nacional que resultaria em função de causas físicas e causas morais, além das máximas de governo. As causas físicas abrangeriam clima, relevo, solo e subsolo existentes na sociedade. As causas morais abrangeriam costumes e religiões vigentes na sociedade. As máximas de governo abrangeriam as duas dimensões básicas de funcionamento político das instituições, especialmente identificadas em termos do princípio motor e da natureza do governo. O princípio motor do governo expressaria como o poder é exercido, ou seja, o que põe o governo em movimento, sendo determinado por desejos e paixões humanas. A natureza do governo expressaria as características de quem exerce o poder, ficando determinada pela quantidade e qualidade pertinentes a governantes que detêm a soberania de um governo (FARIAS NETO, p. 261).

Montesquieu (2000, p. 19), escreve ainda que "Quando, na república, o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se de uma Democracia". Nela, a virtude seria seu princípio fundamental e reinariam a igualdade e a liberdade de agir conforme a lei. Para tanto, seria necessário haver o direito de sufrágio secreto ou público entre os cidadãos: secreto para os nobres e público para o restante do povo, que agiria por paixão e não pela razão, sendo corrompido por bens materiais em troca de voto. Dessa forma, o povo deve escolher seus ministros e representantes no senado, pois não está capacitado para administrar por si só, devendo, no entanto, auxiliar na elaboração da legislação.

Nesse sistema de governo, é necessário, segundo o filósofo, que os indivíduos tenham amor às leis e à pátria, pois só assim é possível preferir o bem geral em detrimento de seus próprios interesses: "O amor à pátria leva à bondade dos costumes, e a bondade dos costumes leva ao amor à pátria" (MONTESQUIEU, 2000, p. 55).

Para Montesquieu, a república federativa "possui todas as vantagens internas do governo republicano e a força externa da monarquia", onde várias partes políticas unem-se em prol da formação de um Estado geral. Dessa forma se concretiza o Brasil atual: vários estados formam um único país, governado por um presidente, a autoridade máxima (MONTESQUIEU, 2000, p. 141).

A principal tese do autor, que dá seguimento às concepções de Locke, diz respeito à separação dos poderes em Executivo, Legislativo e inclusão do Judiciário como forma de melhor governar um Estado, por meio da independência desses órgãos políticos, que interagem entre si e são dotados de igual poder (ALBUQUERQUE, 2005, p. 119).

> Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 167).

Albuquerque (2005, p. 119-120) destaca que a teoria da separação dos poderes significaria a moderação do poder executivo. O regime se estabilizaria se a socie-

dade pudesse também se expressar nas instituições políticas, contrariando e moderando o poder das demais, originando o sistema intitulado de freios e contrapesos[4].

Como é impossível que um indivíduo se autogoverne e exerça a função do poder legislativo, é imprescindível que o povo utilize seus eleitos para discutir assuntos e representar suas vontades. Igualmente, "Todos os cidadãos [...], devem ter o direito de dar seu voto para escolher seu representante [...]". Nesse âmbito, não é permitido que um único indivíduo, representante do legislativo, detenha poder para alterar decisões que foram tomadas por um corpo de vários homens (MONTESQUIEU, 2000, p. 171).

Para Montesquieu, o poder legislativo deveria ser dividido em Câmara Alta ou corpo dos nobres – representantes da nobreza, que teriam a competência de vetar as determinações do corpo dos comuns – e Câmara Baixa ou corpo dos comuns – representantes do povo –, onde, nas assembleias legislativas, o corpo deveria ser convocado unanimemente e pelo executivo (FARIAS NETO, 2011).

Consequentemente, afirma que, o legislativo deve ter o poder de fiscalizar o executivo a fim de averiguar de que maneira as leis criadas estão sendo aplicadas, devendo, este último, estar concentrado nas mãos do monarca, pois a administração é mais bem efetuada por um único indivíduo do que por vários (MONTESQUIEU, 2000, p. 168-172).

O judiciário, por sua vez, "dá ao príncipe ou magistrado a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil" (BONAVIDES, 2003, p. 139).

Assim, a teoria da tripartição dos poderes é necessária para a concretização da liberdade política do cidadão. Se algum desses órgãos estiver contido em outro, pode haver a corrupção de leis por parte dos soberanos, opressão e violência para com o povo. Aplicar esse sistema significa "conter os abusos dos outros poderes para manter certo equilíbrio" (PERRET, 2013).

Pela obra abordada, Montesquieu foi louvado e criticado, publicando posteriormente e em resposta, Em defesa do espírito das leis. Faleceu na França, em 1755, em virtude de uma febre, deixando sem conclusão "um ensaio para a Enciclopédia, de Diderot e D'Alembert" (PESSANHA; LAMOUNIER, 1973).

4 A democracia ideal para Tocqueville

Alexis Charles-Henri-Maurice Clérel de Tocqueville, popularmente conhecido como Alexis de Tocqueville, nasceu na França em 1805, estudou Direito e atuou como deputado e juiz. Dentre suas principais obras publicadas estão: Sobre o sistema penitenciário nos Estados Unidos e a sua aplicação na França, O antigo regime e a revolução e A democracia na América (BASTOS; ARRIADA, 2007), que será abordada no presente artigo.

---

4 O sistema dos freios e contrapesos é assim nomeado, pois permite o controle e a independência dos poderes. O "freio" se dá quando um poder tem a capacidade de frear o abuso de autoridade de outro poder e, o contrapeso, significa a independência que cada poder tem para atuar sobre determinada área. Assim, os três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – tornam-se independentes entre si, porém interagem sem que haja necessidade de uma hierarquia (PERRET, 2013).

Na referida obra, Tocqueville escreve a respeito da democracia nos Estados Unidos – que pode ser utilizada para entender a situação de outros países, inclusive do Brasil –, onde todos seriam iguais perante a lei – com exceção dos escravos –, suas vantagens e desvantagens (TOCQUEVILLE, 2005).

Observa e defende a aplicação de uma Constituição. Ela traria em seu texto, assim como teorizou Montesquieu, a tripartição dos poderes: o legislativo seria composto por representantes e eleitos do povo divididos em duas Câmaras; o executivo seria formado por um presidente com mandato de quatro anos; e, no judiciário, os juízes seriam independentes e teriam remuneração fixa (TOCQUEVILLE, 2005).

Tal Constituição seria superior a Constituição dos Estados e serviria para sua melhor ordem e organização, além de garantir "a manutenção das liberdades fundamentais". Logo, além das instituições de caráter liberal, as liberdades fundamentais seriam garantidas principalmente através de ações políticas e pela participação dos cidadãos nos negócios públicos (QUIRINO, 2006, p. 156-157).

Consequentemente, escreve que "Nas grandes nações centralizadas, o legislador é obrigado a dar às leis um caráter uniforme que não comporta a diversidade dos lugares e dos costumes; nunca estando a par dos casos particulares, ele só pode proceder por regras gerais". O que não ocorre nas federações e confederações, onde, segundo o autor, as leis estaduais existem para garantir e assegurar a pluralidade de um estado, de certo povo fixado em determinado espaço. O amor à república, por sua vez, depende da condução de um sistema federativo eficaz (TOCQUEVILLE, 2005).

Tocqueville aborda também sobre liberdade e igualdade, conceitos esses que se fazem necessários para o bom funcionamento de uma democracia, possível de ser implantada não somente nos Estados Unidos, mas, sim, em âmbito universal (QUIRINO, 2006, p. 152-153).

Defendeu a ideia de uma democracia liberal em quatro aspectos de liberdade: política, de imprensa, locais e de associação. Nesse sistema de governo, as leis visam proteger e englobar uma maioria de cidadãos e, apesar de alguns contras, conforme o autor, a democracia é o sistema mais útil para a prosperidade do povo. "[...] se, num Estado democrático, os governantes são menos honestos ou menos capazes, os governados são mais esclarecidos e mais atentos", ou seja, os indivíduos têm o poder de exigir aquilo que lhes foi prometido por seus representantes, eleitos pelo povo, afinal. Logo, a democracia tem a finalidade primordial de favorecer o bem-estar da maioria (TOCQUEVILLE, 2005).

> Há, pois, no fundo das instituições democráticas, uma tendência oculta que faz os homens concorrerem frequentemente para a prosperidade geral, apesar de seus vícios ou de seus erros [...]. Pode-se assim suceder que, [...] os homens públicos [...], nas democracias, produzam o bem sem pensar nele (TOCQUEVILLE, 2005, p. 273-274).

Ademais, Tocqueville teme que a igualdade de uma maioria possa vir a destruir as possibilidades de manifestação das minorias, como também a ideia de que "nas democracias, as artes, a filosofia e mesmo as ciências sem imediata aplicação prática não encontrem campo para se desenvolver". Ao mesmo tempo, procura expor como tais ameaças poderiam ser evitadas através da criação de "instituições que desenvolvam a descentralização administrativa ou que levem os cidadãos a se associarem para defender os seus direitos" (QUIRINO, 2006, p. 155-156).

"Depois da experiência nos Estados Unidos, Tocqueville afirmou ser contrário aos movimentos revolucionários acontecidos em seu próprio país, a França, por achar que a ideologia da igualdade era opressora da liberdade individual". Portanto, a forma de governo americana serviria de modelo às demais civilizações, pois atendia aos anseios do povo. O pensador faleceu na França, em 1859, devido à tuberculose (BASTOS; ARRIADA, 2007).

5 A configuração do sistema de governo brasileiro do século XXI e a influência dos três filósofos na sua formação e condução

A partir da Independência do Brasil em 1822, o país passou por grandes transformações e implantação de ideias e conceitos advindos, principalmente, da Europa. Um desses elementos foi o liberalismo, que surgiu no continente Europeu entre os séculos XVII e XVIII, onde ainda vigorava o absolutismo. Pregando a defesa da liberdade política e econômica, os filósofos adeptos a essa corrente foram contrários à rigorosa intervenção do Estado na política e na economia (FAUSTO, 1995).

No Brasil o liberalismo se fez presente, principalmente, a partir da Constituição de 1824, que, apesar de concentrar o poder nas mãos do imperador e estabelecer o voto censitário, foi uma das mais liberais de seu tempo, pois buscou acrescentar em seu texto aspectos como liberdade, segurança e propriedade, ainda que, na prática, tais atos não fossem totalmente concretizados (VASCONCELOS, 2008).

Atualmente, o Brasil constitui democracia, forma de governo onde o povo exerce a soberania através da escolha de seus representantes por meio do voto; república, pois o Chefe de Estado também é eleito pelos cidadãos através do voto; federação, já que forma união entre os estados independentes, municípios e o Distrito Federal, de maneira que há uma única entidade soberana e representante de todos; e presidencialismo, onde o presidente é o Chefe de Estado e de Governo, o qual escolhe seus ministros.

Muitos desses adjetivos foram herdados da Europa através da propagação do pensamento de filósofos políticos como John Locke, Barão de Montesquieu e Alexis de Tocqueville – como pode ser observado a partir da leitura dos tópicos anteriores –, dos quais os escritos abordados no presente artigo datam entre o século XVII e XIX.

Essas afirmações vêm ao encontro do que defende Arbage (2015):

> A nossa forma de Estado é a Federação, organizada à imagem e semelhança dos Estados Unidos, os quais por sua vez, abeberaram-se em Montesquieu. A nossa forma de governo é a República, igualmente copiada dos Estados Unidos, e que estes buscaram em Montesquieu [...]. E, por último, as garantias individuais. Também aqui seguimos os Estados Unidos, por conseguinte, Montesquieu. De fato, Montesquieu, ao erguer a sua vasta construção político-doutrinária, teve sempre em mira assegurar a liberdade política dos cidadãos. E essa garantia da liberdade é, na política republicana, a garantia suprema, a garantia das garantias. Dela derivam todas as outras garantias, como simples corolários: o princípio da legalidade, a garantia da propriedade privada, em especial a imobiliária; a garantia da livre iniciativa; a liberdade de pensamento em todas as suas manifestações.

É importante destacar alguns fatos na história do Brasil: o primeiro foi a conquista de sua independência em 1822. Posteriormente se deu a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, passando por várias fases até chegar ao

que se tem conhecimento hoje, A Nova República. Esta, por sua vez, iniciou com o governo de José Sarney, onde houve a elaboração de uma nova Constituição e sua consequente promulgação em 1988 (PINTO, [s. d.]), na qual é possível observar o seguinte trecho: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]" (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a história da democracia no país se deu, principalmente, com o movimento de Independência e implantação da República, transformando-se ao longo do tempo com a elaboração de novas Constituições. Cabe ressaltar que o primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1934), é considerado por vários doutrinadores o início da verdadeira democracia, marcado pela Revolução de 1930. O novo texto legal institui direitos como o voto secreto e direito e a liberdade de expressão (BRAGA, [s. d.]).

> Os estadistas brasileiros do século XIX, notadamente os do Segundo Império (1841-1889), encontraram nos doutrinários franceses, especialmente em Guizot (1787- 1874), preciosos subsídios teóricos para a prática de um liberalismo conservador, que constituiu a tônica da cultura política do país. A presença de Tocqueville no meio brasileiro serviu, nesse contexto, como contraponto liberal ao conservadorismo dos doutrinários, notadamente no que se refere à defesa incondicional da liberdade, em face do Estado centralizador. Ao redor desse aspecto aglutinaram-se outros conceitos do pensamento tocquevilliano, como a questão da livre iniciativa, do self-government, da democratização do sufrágio, da descentralização administrativa, da luta anti-escravagista, da defesa das minorias, da liberdade de imprensa, etc. (RODRÍGUEZ, [s. d.], p. 1-2).

É possível verificar, similarmente, a influência de Montesquieu na formação do sistema de governo brasileiro, por exemplo, na tripartição dos poderes.

> A Constituição Federal de 1988, assegurando em nível de cláusula pétrea, e visando, principalmente, evitar que um dos Poderes usurpe as funções de outro, consolidou a "separação" dos Poderes do Estado, tornando-os independentes e harmônicos entre si (Artigo 2º, CF/88), é o que chamamos de "Sistema de Freios e Contrapesos". [...] No Brasil, a Constituição do Império, de 1824, adotou a separação quadripartita de poderes, sendo os quais: Poderes Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário, porém, fora mesmo consagrado por Montesquieu in O espírito das Leis, a quem devemos a divisão e efetivação desta forma de separação tripartite (GUIMARÃES, 2005).

A cada um dos três poderes competem as seguintes funções típicas:

a) Executivo: A nível Federal, o poder executivo é exercido não só pelo Presidente da República, mas também pelo Vice-Presidente e os Ministros; a nível Estadual é exercido pelo Governador, Vice-Governador e Secretários; e a nível Municipal a responsabilidade é do Prefeito, Vice-Prefeito e do Secretariado. O Presidente da República, entre outros encargos, está apto a "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; vetar projetos de lei, total ou parcialmente; [...] celebrar tratados, convenções e atos internacionais [...]" (BRASIL, 1988).

b) Legislativo: Em nível Federal, quem exerce o poder legislativo é o Congresso Nacional, através da Câmara dos Deputados (deputados federais) e do Senado Federal (senadores); nos Estados, a encarregada é a Assembleia Legislativa, por meio de deputados estaduais; e no município a Câmara de Municipal, através dos vereadores. Dentre inúmeras ocupações dos legisladores, é importante citar a elaboração, discussão e discussão de projetos de lei; "receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas" (BRASIL, 1988).

c) Judiciário: Na esfera Federal, esse poder é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais e juízes federais; já no âmbito Estadual, a incumbência cabe aos Tribunais e juízes estaduais. Compete ao terceiro poder processar e julgar atos que violem o exposto em lei (BRASIL, 1988).

> "[...] a divisão [...] e a harmonia dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, asseguram o respeito aos direitos dos cidadãos, bem como a efetivação das garantias constitucionais, exatamente porque cada um desses Poderes têm, ainda segundo Montesquieu, a par de sua faculdade de estatuir, desempenhando cada qual sua missão específica, também a faculdade de impedir, ou seja, limitar a ação dos outros poderes, o que hoje se denomina sistema de freios e contrapesos" (GUIMARÃES, 2005) [grifos do autor].

Ademais, o Código Civil (Lei nº. 10.406/2002) traz o caráter dúplice da indenização por dano moral, tanto punitivo, aplicando sanção sob o feitor para que não repita tal conduta, quanto compensatório em relação à vítima, na tentativa de minimizar os danos causados pelo agente (MOTTA, 1999 apud OLIVEIRA, [s. d.]).

Dispõe o atual Código Civil dos seguintes artigos:

> Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. [...] Art. 927. Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. [...] Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano (BRASIL, 2002).

Isso implica analisar que, o caráter punitivo-pedagógico serve para doutrinar o indivíduo afim de que ele não venha a cometer atos similares, prejudicando outras vítimas; enquanto o caráter compensatório busca reconfortar aquele que sofreu o dano, seja ela indenização material ou qualquer outra, proposta pelo juiz no ato da decisão, visando o alcance da justiça para ambas às partes.

Percebe-se aqui, a influência de alguns pensamentos de Locke a partir da leitura de Costa (2013), na qual o autor destaca a preocupação do filósofo inglês em apresentar os Princípios Liberais de Governo e seus propósitos, que eram: "1. preservar os direitos dos cidadãos à vida, à liberdade, e à propriedade, 2. buscar o bem público, e 3. punir quem violasse os direitos dos outros".

Deve ser ressaltado ainda que a atual Constituição Federativa defende princípios como a cidadania, dignidade da pessoa humana, igualdade, a liberdade enquanto seus vários e abrangentes sentidos, a propriedade privada e a vida. Fundamentos que, sabe-se bem, são extremamente importantes para o exercício da democracia e da cidadania no Brasil, sem os quais não haveria respeito entre os indivíduos em âmbito público ou privado.

6 A efetividade da democracia no Brasil atual

Primeiramente, importa destacar que o conceito de democracia está diretamente ligado ao de cidadania, uma vez que uma não existe sem a outra: "não há possibilidade de existir cidadãos sem democracia, nem democracia sem cidadãos" (SILVEIRA, 1997 apud LEAL; URRUTIGARAY, 2014).

Além disso, apesar da implantação de um sistema de Estado Democrático de Direito[5], a democracia no Brasil foi um processo de evolução lenta e gradual, que ocorreu com a luta dos povos na busca pela concretização de seus direitos. Da mesma forma se deu a conquista da cidadania, que, para sua efetivação, exigiu e continua exigindo a participação de toda a sociedade (LEAL; URRUTIGARAY, 2014).

A cidadania, "é entendida como um conjunto de direitos e deveres que um sujeito possui para com a sociedade da qual faz parte", sendo eles civis, políticos e sociais (LAVALLE, 2003 apud MONTEIRO; CASTRO, 2008).

> O conceito contemporâneo de cidadania se estendeu em direção a uma perspectiva na qual cidadão não é apenas aquele que vota, mas aquela pessoa que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Portanto, cidadania é a condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa, organizada e consciente, da construção da vida coletiva no Estado democrático (BONAVIDES, 2009 apud MELO, 2014).

Norberto Bobbio (1998, apud SILVA, 2016), por sua vez, destacou um conjunto de regras que são essenciais para que um sistema de governo seja considerado como democrático:

> 1. o poder Legislativo deve ser composto por membros eleitos direta ou indiretamente pelo povo; 2. junto ao poder Legislativo deve haver outras instituições com dirigentes eleitos, tais como órgãos da administração local ou o chefe de Estado; 3. todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, de religião, de censo e de sexo, devem ser eleitores; 4. todos os eleitores devem ter voto igual; 5. todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível – em outras palavras, é necessário haver liberdade de expressão, tanto do ponto de vista do eleitor quanto do ponto de vista do candidato; 6. todos os eleitores devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas – ou seja, devem existir no mínimo dois partidos políticos para que o cidadão tenha liberdade de escolha; 7. tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do poder Legislativo vale o princípio da maioria numérica, podendo ser estabelecidas várias formas de maioria; 8. nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9. O órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo. [grifo nosso].

Contudo, apenas possuir os elementos acima descritos não caracteriza a efetividade de uma democracia, que é orientada por um conjunto de "diretivas axiológicas e normativas". A democracia é "um conjunto de ideias, de ideais, de princípios (éticos, políticos e jurídicos)" que busca, primeiramente, proteger à dignidade da pessoa humana (ESPÍNDOLA, 2002).

Ainda que o Brasil se encaixe formalmente nos conceitos descritos e seja intitulado como um sistema de governo democrático, materialmente, existem falhas no sentido de garantir à população o exercício de seus diretos e deveres (CAMARGO; PEREIRA; PARRA FILHO, 2012).

Exemplos são as desigualdades financeiras enfrentadas polos indivíduos, que decorrem desde o período colonial e perduram até os dias de hoje, revelando "à falta de interesse e compromisso com a universalização do acesso à cidadania para amplos segmentos da sociedade brasileira" (POCHMANN et al., 2005, p. 26).

---

5 "O Estado democrático de direito é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica" (SANTOS, 2011).

Segundo o Relatório da Distribuição pessoal da Renda e da Riqueza da População Brasileira, divulgado em 2016, que analisou dados referentes às Declarações do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física entre os anos de 2007 e 2013:

> No que se refere à apropriação da riqueza, definida como a posse de bens e direitos subtraída dos valores declarados com ônus e dívidas, é possível observar que apenas 8,4% dos declarantes possuem 59,4% do total de bens e direitos líquidos [...]. Observa-se, também, que os 0,3% (acima de 160 SM [salário mínimo]) controlam 22,7% dos bens e direitos disponíveis. Apesar das limitações dos dados, é possível concluir que nas faixas salariais mais altas acumula-se uma parcela substantiva da renda e riqueza total.

Essa desigualdade de distribuição de renda resulta no aumento da criminalidade, pois grande parte da população não encontra alternativas para suprir suas dificuldades financeiras, praticando delitos com o intuito de manter a sua sobrevivência e a de seus entes (POCHMANN et al., 2005, p. 43).

Outra parcela da população, por sua vez, pensa encontrar a solução para a pobreza "no tráfico de drogas, na prostituição e na corrupção", ou "sujeitando-se ao trabalho infantil e ao trabalho quase forçado executado por milhões de jovens" (POCHMANN et al., 2005, p. 43-44).

Portanto, para Pochmann et al. (2005, p. 44), a exclusão social resulta da manutenção de um padrão de riqueza concentrado nas mãos de uma minoria que tapa os olhos frente à desigualdade social, racial e financeira existente no país.

Essas desigualdades sociais são agravadas pela falta de participação popular na política brasileira, uma vez que grande parte da população não tem consciência da importância de sua interação nesse cenário, não somente por meio do voto, mas, principalmente, fiscalizando a implantação de políticas públicas que visem melhorar a qualidade de vida e reduzir as diferenças (OLIVEIRA, 2009 apud CAMARGO; PERREIRA; PARRA FILHO, 2012).

Não obstante, os representantes do povo precisam conhecer suas reais necessidades e objetivar atender os seus anseios. Não devem fazer uso de sua posição perante a sociedade para satisfazer privilégios e obter vantagens pessoais, ou seja, praticar a corrupção (PINTO, 2006 apud CAMARGO; PERREIRA; PARRA FILHO, 2012).

Além disso, a falta de atualização das teorias abordadas no presente artigo é outro importante aspecto que merece ser destacado e que concorre para a inoperatividade do sistema democrático brasileiro, juntamente com as questões de ordem social, econômica e política já mencionadas.

7 Considerações Finais

O presente artigo buscou compreender o sistema de governo brasileiro atual, bem como o cenário político, demonstrando que as teorias de John Locke, Barão de Montesquieu e Alexis de Tocqueville, contribuíram significativamente para a formação do governo constitucional brasileiro e ainda fazem parte de sua legislação e cultura.

Locke deixou explícito em Dois tratados sobre o governo, a importância da propriedade privada e dos direitos fundamentais como vida, liberdade e igualdade entre os cidadãos. Montesquieu, por sua vez, cedeu aos brasileiros, em O espírito das leis, a ideia de tripartição dos poderes e um modelo de governo ideal para atingir a democracia, trazida por Tocqueville na obra A democracia na América, na qual defendeu vários aspectos de liberdade e a implantação de uma Constituição que assegurasse os direitos dos cidadãos.

Dessa forma, ainda que o Brasil constitua formalmente uma democracia, é preciso que ela seja efetivada e que os direitos dispostos na Constituição Federal de 1988, como igualdade social e de distribuição de renda, liberdade e propriedade, sejam enfim concretizados. Para isso, é necessário que os indivíduos tenham consciência da importância do seu papel na sociedade e na administração pública, seus direitos e deveres, buscando fiscalizar as condutas tomadas por seus eleitos, exercendo a real cidadania e podendo viver com dignidade.

O respeito entre cidadãos, governantes e a Constituição Federal de 1988 deve prevalecer, caso contrário, essas normas tornam-se apenas uma mera folha de papel, não representando em nada o povo brasileiro (Ferdinand Lassalle).

Por outro lado, é preciso que o povo e seus representantes tenham vontade de constituição, ou seja, busquem aplicar social e politicamente os dispositivos encontrados nos textos legais, para assim fazer do Brasil um país mais justo, buscando atender os anseios e necessidades sociais do Estado e de sua população (Konrad Hesse).

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "o federalista". 13. ed. São Paulo: Ed. Ática, 2005.v. 1, p. 111-186.

ARBAGE, Jorge Wilson. A importância de Montesquieu para o Brasil. Jorge Arbage, 2015. Disponível em: <http://jorgearbage.com.br/web/acervo/artigos/item/391-importancia-de-montesquieu-para-o-brasil.html>. Acesso em: 27 fev. 2017.

BASTOS, Maria Helena Camara; ARRIADA, Eduardo. A democracia na América, de Alexis de Tocqueville: uma leitura para a história da educação. Educação Unisinos, 2007. v. 11., n. 1., jan./abr. 2017.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRAGA, Suely. Estado novo. FGV CPDOC, [s. d.]. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/EstadoNovo>. Acesso em: 4 jun. 2017..

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.

br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 2 nov. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Política Econômica. Relatório da distribuição pessoal da renda e da riqueza da população brasileira: dados do IRPF 2015/2014. Brasília, DF, 2016. Disponível em: < http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/distribuicao-pessoal-da-renda-e-da-riqueza-da-populacao-brasileira/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017.

CAMARGO, Caroline Leite de; PEREIRA, Danilo Medeiros; PARRA FILHO, Raphael Hernandes. Efetivação de direitos através da democracia. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 106, nov. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/Ricardo%20Antonio?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12184>. Acesso em: 1 jul. 2017.

POCHMANN, Márcio et al. Atlas da exclusão social: os ricos no Brasil. 2. ed., v. 3. São Paulo: Cortez, 2005.

COSTA, Fernando Nogueira da. Pensamento liberal de John Locke: governo para proteção da vida, liberdade e propriedade. Fernando Nogueira da Costa, 2013. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2013/11/24/pensamento-liberal-de-john-locke-governo-para-protecao-da-vida-liberdade-e-propriedade/>. Acesso em: 4 mar. 2017.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Democracia, constituição e princípios constitucionais: notas de reflexão crítica no âmbito do direito constitucional brasileiro. Resenha Eleitoral, v. 9, n. 2, jul./dez. 2002. Disponível em <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impressas/integra/2012/06/democracia-constituicao-e-principios-constitucionais-notas-de-reflexao-critica-no-ambito-do-direito-constitucional-brasileiro/indexc692.html?no_cache=1&cHash=b7bf79b129bc42f148fe4b5e477aa8bf>. Acesso em: 1 jul. 2017.

FARIAS NETO, Pedro Sabino de. Ciência política. São Paulo: Atlas, 2011.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. 2. ed. São Paulo: Ed. USP, 1995. Disponível em: <https://vivelatinoamerica.files.wordpress.com/2015/11/fausto-boris-historia-do-brasil.pdf>. Acesso: 1 abr. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. Como se deu a passagem do estado de natureza para a sociedade civil? Jus Brasil, 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1904910/como-se-deu-a-passagem-do-estado-de-natureza-para-a-sociedade-civil-denis-manuel-da-silva>. Acesso em: 1 abr. 2017.

GUIMARÃES, Rodrigo Leventi. A harmonia dos três poderes e a composição do Supremo Tribunal Federal através do sistema de freios. Migalhas, 2005. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8267,31047-A+harmonia+dos+tres+poderes+e+a+composicao+do+Supremo+Tribunal>. Acesso em: 27 fev. 2017.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Tradução Alex Marins. 2. ed. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2005.

MEDEIROS, Alexsandro M. Iluminismo. Portal Consciência Política, 2014. Disponível em: < http://www.portalconscienciapolitica.com.br/filosofia-politica/filosofia-moderna/iluminismo/> Acesso em: 25 jan. 2017.

MELO, Getúlio Costa. Evolução histórica do conceito de cidadania e a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Jus Brasil, 2014. Disponível em: <https://getulio.jusbrasil.com.br/artigos/112810657/evolucao-historica-do-conceito-de-cidadania-e-a-declaracao-universal-dos-direitos-do-homem>. Acesso em: 1 jul. 2017.

MELLO, Leonel I. A.. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "o federalista". 13. ed. São Paulo: Ed. Ática, 2005.v. 1., p. 79-110.

MONTEIRO, Renata Alves de Paula; CASTRO, Lúcia Rabello de. A concepção de cidadania como conjunto de direitos e sua implicação para a cidadania de crianças e jovens. v. 8, n. 16. São Paulo: Psicologia Política, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. Dano moral e seu caráter desestimulador. Lex Magister, [s. d.]. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_22832041_dano_moral_e_seu_carater_desestimulador>. Acesso em: 4 jun. 2017.

PERRET, Marcelo. Montesquieu e a divisão de poderes (sistema de freios e contrapesos). Lopes Perret Mariel – Advogados, 2013. Disponível em: <http://www.lopesperret.com.br/2013/05/30/montesquieu-e-a-divisao-de-poderes-sistema-de-freios-e-contrapesos/>. Acesso em: 15 out. 2016.

PESSANHA, José Américo M.; e LAMOUNIER, Bolívar. Os Pensadores - Montesquieu - Vida e Obra. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

PINTO, Tales dos Santos. Resumo da história da Repúbica Brasileira. Brasil Escola, [s. d.]. Disponível em: < http://brasilescola.uol.com.br/historiab/brasil-republica2.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

QUIRINO, Célia Galvão. Tocqueville: sobre a liberdade e a igualdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política 2. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006.v. 2., p. 149-188.

RAMOS, Fábio Pestana. Empirismo e teoria do conhecimento. Fábio Pestana Ramos, 2011. Disponível em: <http://fabiopestanaramos.blogspot.com.br/2011/08/empirismo-e-teoria-do-conhecimento.html>. Acesso em: 4 jun. 2017.

RODRÍGUEZ, Ricardo Vélez. Presença de Tocqueville no Brasil. Universidade Federal de Juiz de Fora, [s. d.]. Disponível em: <http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa/fts/PTB.pdf>. Acesso em 4 mar. 2017.

SANTIAGO, Emerson. Liberalismo. InfoEscola, [s. d.]. Disponível em: <http://www.infoescola.com/filosofia/liberalismo/>. Acesso em: 25 jan. 2017.

SANTOS, Adairson Alves dos. O Estado Democrático de Direito. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143>. Acesso em: 1 jul. 2017.

SILVA, Matheus Passos. Uma perspectiva comparada acerca da (não) efetividade da democracia local no Brasil e em Portugal. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 6, n. 2, out./2016.

TERUYA, Tereza Kazuko et al. As contribuições de John Locke no pensamento educacional contemporâneo. Unicamp, 2010. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/jornada/jornada9/_files/BDxADftT.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2017.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Disponível em: < https://direitasja.files.wordpress.com/2012/05/a-democracia-na-amc3a9rica-vol-i-alexis-de-tocqueville.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.

VASCONCELOS, Diego de Paiva. O liberalismo na Constituição brasileira de 1824. Fortaleza, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049092.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2017.

WANDERLEY, Wellington. As funções típicas e atípicas dos poderes. Fumaça do bom direito, 2008. Disponível em: <http://wellingtonwanderleyadvogado.blogspot.com.br/2008/12/as-funes-tpicas-e-atpicas-dos-poderes_9548.html>. Acesso em: 2 nov. 2016.

ESTRUTURAÇÃO NORMATIVA E HISTÓRICA DAS TRABALHADORAS DE SANTA CATARINA

NORMATIVE AND HISTORICAL STRUCTURING OF WOMEN WORKERS IN SANTA CATARINA

*Juliana de Alano Scheffer**

Resumo: As mulheres representam parcela considerável do mercado de trabalho, mas que não recebem o mesmo tratamento destinado aos trabalhadores homens. Este quadro é encontrado em boa parte do planeta. No Estado de Santa Catarina, a situação não é diferente. Contudo, a legislação nacional prevê meios para promover a proteção do trabalho feminino. Assim, tem-se como objetivo deste artigo estabelecer uma relação entre as construções jurídicas e historiográficas do trabalho feminino em Santa Catarina, através de pesquisa bibliográfica e utilização de método indutivo. Desse modo, este artigo divide-se em dois pontos principais: o primeiro propõe uma exploração sobre como a legislação brasileira se construiu historicamente ao prever mecanismos de proteção ao trabalho das mulheres; o segundo apresenta breve histórico e análise estatística sobre as trabalhadoras de Santa Catarina, do século XVIII ao XXI.

Palavras-chave: Mulheres. Direito do Trabalho. Santa Catarina.

Abstract: Women represent a considerable portion of the labor market, but they do not receive the same treatment offered to men workers. This picture is found in the most part of the planet. In the State of Santa Catarina, the situation is not different. However, the national legislation predicts ways to promote the protection of women's work. Therefore, it is the objective of this papper to establish a relation between law construction and the historiography of female work, through bibliographic research and inductive method. Thereby, this paper is divided in two main parts: the first one proposes an exploration about how the Brazilian law was built historically to predict mechanisms of protection of women's work; the second part presents short historic and statistical analysis of women workers in Santa Catarina, from century XVIII to XXI.

Keywords: Women. Labour law. Santa Catarina.

1 Introdução

O presente artigo se propõe a estabelecer uma relação entre as construções normativas e historiográficas do trabalho das mulheres no Estado de Santa Catarina, oportunizando um enfoque sobre um contingente populacional economicamente ativo que foi ignorado em grande parte da história brasileira.

Os registros existentes destacam, em sua maioria, o trabalhador homem - a participação laboral, os desafios, preconceitos e conquistas das trabalhadoras nem sempre ficam evidentes. As normativas brasileiras que regularam (e restringiram, muitas vezes) o acesso ao trabalho remunerado feminino relacionam-se ao processo de reconhecimento normativo sobre a importância da igualdade de tratamento no mercado de trabalho. Assim, a pertinência deste estudo é justificável.

* Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Servidora Pública na UFSC. Pesquisadora do Grupo Lilith: Direito e Interseccionalidades, da UFSC.

Através de pesquisa bibliográfica e utilização de método indutivo, buscar-se-á relacionar a estruturação jurídica e histórica do trabalho feminino em Santa Catarina. Deste modo, este artigo divide-se em duas partes principais: a primeira se propõe a discutir como a legislação brasileira se construiu historicamente ao prever mecanismos de proteção ao trabalho das mulheres; a segunda traz breve histórico e análise estatística sobre as trabalhadoras de Santa Catarina, do século XVIII ao XXI.

Deu-se destaque às mulheres em atividade laboral, diante das pesquisas que foram analisadas. Porém, tem-se ciência que um recorte de raça evidenciaria diferenças de tratamento no trabalho (registros referentes às mulheres negras e indígenas, as quais se situam em maior situação de vulnerabilidade, não foram abordados, cabendo espaço para futuros estudos).

2 Proteção normativa do trabalho da mulher

No Brasil, a primeira norma regulando o trabalho da mulher surgiu em 1932, pelo Decreto nº 21.417-A (MARTINS, 2011, p. 609).

Em seu artigo primeiro, o referido Decreto deixa claro que "sem distinção de sexo, a todo trabalho de igual valor correspondente salário igual". Tal normativa proibia o trabalho noturno feminino, vedando a atividade em subterrâneos e minerações (BRASIL, 1932).

Quanto aos aspectos reprodutivos, o Decreto de 1932 proibia o trabalho da mulher durante as quatro semanas antes e depois do parto. Este período poderia ser aumentado em até duas semanas, por critério médico. Porém, durante esse afastamento, a mulher só receberia metade do seu salário, de acordo com a média dos últimos seis meses. Este pagamento seria efetuado pelo Instituto de Seguro Social; somente na falta dele o empregador seria o responsável por este encargo (BRASIL, 1932).

O art. 10 do referido Decreto concedia duas semanas de afastamento em caso de aborto. Porém, se fosse considerado criminoso, tal licença era inexistente (BRASIL, 1932). Essa previsão continua existindo atualmente, pelo art. 395 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) e art. 93 do Regulamento da Previdência Social (BRASIL, 1999).

Ainda havia concessão, de acordo com o art. 11 do Decreto nº 21.417-A, de direito a dois descansos diários especiais, de trinta minutos cada um, durante os seis primeiros meses subsequentes ao parto, para fins de amamentação – o art. 396 da CLT mantém esta previsão (BRASIL, 1943).

Caso a empresa tivesse mais de trinta mulheres com mais de dezesseis anos como empregadas, esta deveria manter local para assistência dos filhos e filhas durante o período de amamentação – tal determinação foi abarcada pela CLT, em seu art. 389, § 1º. (BRASIL, 1943).

O Decreto 21.417-A também proibia a demissão de mulher grávida por motivo único de gravidez – o que permanece no art. 391 da CLT (BRASIL, 1943). Este primeiro Decreto a tratar sobre o trabalho da mulher não está expressamente revogado. Contudo, legislações mais recentes, como a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 e a CLT, acabaram por superá-lo.

Dentre as sete constituições brasileiras, a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar da temática. De modo pioneiro na história brasileira, vedou-se a proibição de discriminação em razão do sexo (OLIVEIRA, 2016, p. 245). Em seu texto, vedava a diferenciação salarial e o trabalho da mulher em locais insalubres (BRASIL, 1934).

A vedação do trabalho em áreas de insalubridade exibe apenas uma proteção aparente, que na realidade é discriminatória. Este tipo de proibição conduz à perpetuação de padrões ou estereótipos culturais (OLIVEIRA, 2016, p. 221).

A Constituição de 1934 também previu garantia de repouso antes e depois do parto, sem prejuízo de trabalho e emprego (BRASIL, 1934). Havia previsão de diversos avanços sociais - reconhecimento do voto feminino, ainda que não universal; proibição de discriminação em razão de sexo, garantia da licença maternidade remunerada (OLIVEIRA, 2016, p. 246), instituição da Justiça do Trabalho (SÜSSEKIND , 2010, p. 36), etc.

Em seu art. 131, § 3º., a Carta Constitucional de 1934 declara que:

> Art. 131. (...) § 3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1934 deixa expresso o entendimento à época sobre a quem pertencem estas atividades (cuidado com crianças e serviço doméstico): às mulheres. O trabalho das mulheres, de acordo com esta construção de gênero, deveria ser a principal mão de obra para serviços que envolvessem maternidade, infância, lar e trabalho feminino.

A própria expressão "trabalho feminino" deixa indícios de que o constituinte considerou que certas atividades são femininas, e outras não. Das funções citadas como prioritariamente de responsabilidade feminina no artigo, a maioria delas não é remunerada.

A Carta de 1934 apresentou vida curtíssima, em razão do golpe de Estado ocorrido em 1937, em que Getúlio Vargas assume e outorga nova Constituição (OLIVEIRA, 2016, p. 247).

De inspiração fascista, o texto constitucional manteve a igualdade entre todos perante a lei, mas omitiu a igualdade salarial entre homens e mulheres (OLIVEIRA, 2016, p. 247). Com a Constituição de 1937, o trabalho noturno e em locais insalubres se manteve proibido para as trabalhadoras. Conservou-se igualmente a garantia de licença maternidade remunerada (BRASIL, 1937).

De acordo com José Afonso da Silva, a aplicação da Constituição de 1937 não foi regular. Grande parte de suas previsões não se consolidaram. Pois, na realidade, houve simplesmente um período ditatorial, com a concentração de poderes nas mãos do Poder Executivo (2005, p. 83).

Ainda na vigência da Constituição de 1937, a Consolidação das Leis do Trabalho é editada em 1943 – com o objetivo de reunir a legislação sobre direito do trabalho existente na época (BRASIL, 1943).

Os legisladores reconheceram as desigualdades existentes contra as mulheres, e destinaram, dentro do Título II da CLT (que trata das normas especiais de tutela no trabalho), o Capítulo III, exclusivo sobre a Proteção do Trabalho da Mulher. Este capítulo foi sendo moldado com o passar dos anos, principalmente para atender às exigências da Constituição Cidadã de 1988.

Em 1946, em meio a um ressurgir democrático, é promulgada nova Constituição. Esta teve origem não em um projeto pré-ordenado, mas foi elaborada a partir das Constituições de 1891 e 1934 (BRASIL, 1946). Deste modo, ela se volta para o passado, sem muito analisar a realidade brasileira da época.

A igualdade formal entre todos continua expressa nesta Carta Constitucional. A Constituição de 1946 vedava a discriminação salarial; proibia o trabalho insalubre para mulheres; instituía direito de assistência e repouso antes e depois do parto; e previa previdência em favor da maternidade (BRASIL, 1946).

De acordo com o art. 6º. do Código Civil de 1916, vigente à época, a mulher casada era relativamente incapaz, e assim precisava de autorização do marido para escolher sua profissão (art. 233, IV, do Código Civil de 1916). Na vigência da Constituição de 1946 foi instituído o Estatuto da Mulher Casada, pela Lei nº 4.121, em 1962, que eliminou a incapacidade das mulheres casadas (BRASIL, 1962). Ampliou-se, em parte, a liberdade de profissão e trabalho das mulheres.

Em 1964 ocorre novo golpe de Estado. Os militares acessam o poder, e em meio ao regime ditatorial instalado, em 1967 outra Constituição é outorgada. O Executivo ganhou amplos poderes, em detrimento do Poder Judiciário e Legislativo (OLIVEIRA, 2016, p. 253).

Os militares se alternavam no poder. O Executivo poderia fazer emendas à Constituição de modo independente. Neste contexto, foram realizadas alterações significativas no texto constitucional, que alteraram significativamente seu conteúdo – por intermédio de reformas como a Emenda Constitucional nº. 01, de 1969, e os Atos Institucionais. (OLIVEIRA, 2016, p. 254).

A Constituição de 1967 (BRASIL, 1967) proibia discriminação salarial (art. 158, III); vedava trabalho insalubre para mulheres (art. 158, X); garantia descanso antes e depois do parto (art. 158, XI); assegurava previdência social em razão da maternidade (art. 158, XVI); e previa aposentadoria aos trinta anos de contribuição para as mulheres, com salário integral (art. 100, § 1º.).

De acordo com José Afonso da Silva, houve uma definição mais eficaz dos direitos dos trabalhadores nesta Constituição (SILVA, 2005, p. 87). Contudo, isso não significa que estes foram garantidos no plano material.

Dentre os retrocessos identificados, para trabalhadores e trabalhadoras, encontram-se:

> (...) a supressão da estabilidade como garantia constitucional foi substituída pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), como alternativa para a estabilidade; as restrições ao direito de greve, uma vez que, não era permitida a greve nos serviços públicos e atividades essenciais (artigo 157, parágrafo 7º), e a supressão da proibição de diferença de salários por motivo de idade e nacionalidade (OLIVEIRA, 2016, p. 255).

Em um ambiente de supressão de direitos políticos e individuais, é esperável que os vulneráveis no mercado de trabalho (mulheres, crianças, negros, etc.) tivessem menos espaço para exigir e ampliar direitos.

Com o fim da Ditadura Militar, após muitas lutas e debates sociais, a Assembleia Nacional Constituinte promulga a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988.

José Afonso da Silva destaca que quando o Presidente à época, José Sarney, convocou os Senadores e Deputados para elaborar a Constituição, este não criou uma Assembleia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte (SILVA, 2005, p. 89). Apesar disso, reconhece-se que a Carta Magna de 1988 possui previsões, de certo modo, avançadas.

A partir de 1988, os direitos e garantias fundamentais estão à frente dos outros títulos na Constituição Cidadã – o que demonstra a valorização e a proteção do indivíduo frente ao Estado.

Em seu art. 5º., a CRFB prevê a igualdade entre todos, sem distinção de qualquer natureza. Homens e mulheres são iguais, formalmente, em direitos e obrigações. Em seu art. 226, a Constituição estabelece a igualdade de responsabilidades entre homens e mulheres com a família (BRASIL, 1988). Ademais, todas as formas de discriminação que atentem contra os direitos estão proibidas (art. 5º, XLI).

Desta maneira, as mulheres estavam livres para trabalhar onde quisessem, incluindo trabalhos noturnos e insalubres. O pátrio poder converte-se em poder familiar, exercido por ambos os cônjuges. Ao menos no papel, os direitos e obrigações de homens e mulheres estão partilhados de modo equânime.

Dentre os direitos conquistados por trabalhadores e trabalhadoras se encontram (BRASIL, 1988): relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa; seguro-desemprego; fundo de garantia do tempo de serviço; salário mínimo; irredutibilidade do salário; 13º salário; duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais; licença paternidade; aposentadoria e outros. Também se determinou a igualdade entre trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º., caput).

Voltados especificamente para a mulher trabalhadora, os seguintes direitos foram previstos: licença à gestante, com duração de cento e vinte dias (art. 7º., XVIII); a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos na forma da lei (art. 7º., XX); e a proibição de diferenciação salarial, "de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil" (art. 7º., XXX).

O art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias garante estabilidade da gestante do momento da ciência da gravidez até cinco meses após o parto. Este mesmo artigo amplia a licença paternidade para cinco dias, enquanto lei não venha a tratar deste tema (BRASIL, 1988).

É perceptível que a Constituição de 1988 significou importante avanço para os direitos e garantias fundamentais. Todavia, estas previsões de igualdade não são suficientes para resolver problemas de discriminação que as mulheres ainda sofrem em razão de gênero (OLIVEIRA, 2016, p. 257).

A partir de 1988, a legislação infraconstitucional precisou se adaptar para corrigir elementos de leis anteriores que discriminavam direta e indiretamente mulheres.

Por exemplo, a Lei nº. 8.921/1994 dá nova redação ao artigo 131 da CLT - que trata de motivos que não podem ser considerados como falta ao serviço - retirando a expressão "aborto criminoso", e deixando apenas aborto (OLIVEIRA, 2016, p. 263). A correção foi efetuada parcialmente, pois o art. 395 da CLT ainda utiliza esta expressão.

Nessa mesma linha, foi criada a Lei nº. 9.029/1995 (BRASIL, 1995), que proíbe "a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho (...)".

A CLT sofreu diversas alterações para atender à Constituição de 1988. Vários artigos - tais como os artigos 374, 375, 376, 378, 379, 380 e 387 – foram suprimidos, por conter cláusulas discriminatórias e previsões de horários de trabalho em desconformidade com a Constituição Cidadã.

A proibição de discriminação em razão de sexo (art. 373-A), a garantia de local para amamentação para empresas com mais de trinta trabalhadoras com mais de dezesseis anos (art. 389, § 1º.), a previsão de estabilidade no emprego em caso de gravidez (art. 391-A), a licença-maternidade, inclusive no caso de adoção (art. 392 e 392-A), descanso para amamentação (art. 396): todos estes são direitos previstos na CLT (BRASIL, 1943).

O art. 384 da CLT causava polêmica. Este previa que, antes do início de jornada extra, a trabalhadora teria direito a um intervalo de quinze minutos (BRASIL, 1943). Seria essa uma condição díspar para os homens trabalhadores? Segundo decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal em 2014 (BRASIL, 2014), este artigo não atingiria a igualdade entre homens e mulheres. A discussão não subsiste, visto que tal previsão normativa foi revogada pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017).

A participação e pressão feminina realizada no período de concepção da Constituição de 1988 trouxe a conquista de muitos direitos. Contudo, essas medidas ainda não são suficientes para igualdade entre homens e mulheres, como aponta Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira:

> (...) no que diz respeito à participação das mulheres no mercado de trabalho ainda se observam limites e restrições de ordem social e cultural e, não apenas jurídica, que impedem concretamente o direito de igualdade de oportunidade e tratamento no emprego e na profissão, cujos resultados práticos se refletem na exclusão social e no desrespeito a uma vida digna (OLIVEIRA, 2016, p. 268).

Conforme exposto, a igualdade feminina no mercado de trabalho só pode ser alcançada ultrapassando os existentes limites jurídicos e, principalmente, sociais e culturais.

3 As trabalhadoras catarinenses

3.1 Histórico das trabalhadoras catarinenses

Seja em atividades remuneradas ou não, as mulheres sempre trabalharam (RAGO, 2012, p. 7). Por mais que os registros históricos muitas vezes não ressaltem a atividade laboral feminina, no Brasil Colonial, por exemplo, elas foram fazendeiras, comerciantes, lavadeiras e escravas (DEL PRIORE, 2001, p; 47).

Para compreender as condições das mulheres catarinenses no mercado de trabalho, é válido um breve exame sobre a colonização e a história de Santa Catarina. Consultar registros históricos voltados às trabalhadoras não é tarefa das mais simples, haja vista que os documentos históricos eram, em sua maioria, construídos por homens, brancos e ricos. As referências consultadas, em sua grande maioria, versam sobre mulheres brancas. Ainda assim, dentro das limitações existentes, é possível traçar um panorama compreendendo mulheres e o trabalho no Estado.

O povoamento de Santa Catarina se deu através da configuração de pequenas propriedades, de maneira vinculada a ações estratégico-militares de defesa e expansão portuguesa para além do estabelecido pelo Tratado de Tordesilhas (PEDRO, 2004, p. 280). Como aponta a pesquisadora Maria Joana Pedro:

> Grande parte do litoral catarinense e gaúcho foi povoado de forma planejada a partir de meados do século XVIII, com casais oriundos das ilhas dos Açores e da madeira. Essa forma de povoamento iria se repetir em meados do século XIX, como parte de um projeto de "branqueamento" e de preenchimento de "vazios" territoriais, dando o tom da população e da economia local. Diferentemente dos grandes centros exportadores, a região apresentou uma produção voltada para o mercado interno, escravidão de pequena monta e economia diversificada, resultando numa acumulação de pequeno vulto. A urbanização foi tardia em relação ao Rio de Janeiro, Salvador e São Paulo (2004, p. 280).

Além da colonização açoriana no litoral, também no século XVIII iniciaram-se a imigração de italianos, poloneses e alemães, que formaram os primeiros núcleos coloniais próximos aos rios (GOULARTI FILHO, 2002, p. 980).

No século XIX, a Região Sul do Brasil foi incluída no comércio agrário-exportador brasileiro, através do fornecimento de alimentos para o mercado interno. Isso impulsionou o crescimento das áreas urbanas, e culminou com a formação de um grupo com maior capacidade econômica nos grandes centros (PEDRO, 2004, p. 281).

No século XIX, pode-se identificar como três complexos econômicos e laborais relevantes e comuns aos três estados da Região Sul Brasileira: pecuária, produção de erva-mate e exploração de madeira (GOULARTI FILHO, 2002, p.1001).

Em Florianópolis, a elite era composta por "comerciantes, armadores, agenciadores e construtores de navios. Posteriormente, essas mesmas pessoas irão deter os meios de comunicação" (PEDRO, 2004, p. 281).

No fim do século XIX, os jornais – que eram gerenciados pela elite catarinense - traziam destaque para homens que integravam o Poder Judiciário, os chefes policiais, o exército, a administração, os que decidiam sobre educação, aqueles que

faziam sermões religiosos, votavam e eram eleitos. Já as mulheres eram retratadas como as criadoras e educadoras das novas gerações (PEDRO, 2004, p. 282). Assim, para o homem, reservava-se o espaço público e a atividade laboral remunerada; para a mulher, cabia-lhe a casa e o cuidado com os filhos.

As mulheres exerciam mais atividades urbanas em Santa Catarina do que em outros estados, isto porque, como o Estado catarinense possuía poucos negros livres ou escravos, os trabalhos urbanos da época, que nas outras regiões do país era efetuado por estes, no referido estado eram exercidos na maioria por brancos, e muitas vezes por mulheres (PEDRO, 2004, p. 283).

As mulheres estavam presentes nas antigas vendas e pequenas casas comerciais atendendo à freguesia, com auxílio ou não dos maridos. Por outro lado, nas grandes casas comerciais e nas atividades de transporte marítimo de grande monta, a presença feminina era escassa. Elas mantinham atividades na agricultura, nos engenhos de farinha de mandioca, na limpeza e secagem do peixe (PEDRO, 2004, p. 285).

Em Florianópolis, era sinal de distinção social quando a mulher era mantida em casa, realizando exclusivamente as atividades domésticas e de cuidado com os filhos (PEDRO, 2004, p. 285).

Na cidade de Blumenau, no fim do século XIX, percebe-se que as mulheres não estavam restritas ao trabalho doméstico, participando das atividades ditas produtivas. Estas mulheres, a maioria de origem alemã, colaboraram ativamente para o desenvolvimento industrial da região (PEDRO, 2004, p. 285).

A partir da formação do núcleo urbano, no início do século XX, a mulher blumenauense passou a ser excluída dos interesses econômicos familiares, devendo ficar restrita ao trabalho doméstico e familiar, principalmente entre as famílias mais abastadas (PEDRO, 2004, p. 290). Portanto, segue-se o mesmo padrão de comportamento da capital.

No mesmo sentido, na cidade portuária de Itajaí, a valorização do isolamento feminino, do recato e dos bons costumes também existia - de modo destacado nas famílias ricas (FÁVERI, 2001, p. 20). Os homens de Itajaí são retratados pela imprensa dos anos vinte como fortes e valentes, como marujos, em cargos de chefia – tudo isso para reforçar as posições de gênero (FÁVERI, 2001, p. 20).

Em Itajaí, havia mulheres em cargos de comando (barbearia, indústria de madeira e cereais, farmácia, hotéis, casas comerciais e agropecuária). Há registros de mulheres parteiras, que atendiam em grande parte as mulheres pobres da cidade (FÁVERI, 2001, p. 29).

Mais ao norte do estado, em Joinville - outra cidade de colonização predominantemente alemã - há relatos de trabalhadoras imigrantes que decidem partir para outras cidades (Rio de Janeiro, Florianópolis, Santos) em busca de melhores salários. Tal prática era malvista socialmente (SILVA, 2001, p. 78).

Apesar de pouco divulgado, as mulheres catarinenses trabalharam, inclusive, na indústria de mineração, na Região Carbonífera de Santa Catarina. O trabalho feminino nas minas de carvão se deu de modo mais acentuado entre 1937 e 1964, na cidade de Criciúma e proximidades (CAROLA, 2001, p. 123).

Em 1940, a indústria carbonífera estava com o mercado consolidado, e, para atrair mão-de-obra, as mineradoras construíram casas e infraestrutura para os trabalhadores e trabalhadoras. A classe mineradora que se formou era originária de famílias pobres de outras pequenas cidades e vilarejos do sul, que antes viviam da pesca e da agricultura. A principal atividade feminina nos primórdios da mineração (até 1960) consistia na escolha e seleção do carvão - elas eram "escolhedeiras" (CAROLA, 2001, p. 126). Apesar de atividade insalubre, vedada por lei às mulheres, percebe-se que na prática ela ocorria de modo reiterado.

Porém, entre 1955 e 1965 ocorreu a masculinização das minas de carvão, fruto de uma redefinição sexual do trabalho, que buscou desenvolver o perfil das mulheres das cidades do carvão como mães, esposas e donas de casa (CAROLA, 2001, p. 155).

Em análise realizada sobre os colonos de origem alemã e italiana do oeste catarinense, as associações de agricultores contavam apenas com o nome do marido nas placas de identificação. A partir dos anos oitenta, esta realidade começa a mudar, e o nome das mulheres passa a ser incluído. Com o advento da Constituição de 1988, as mulheres passam a exigir que conste em seus títulos eleitorais a profissão: agricultora, para garantia de direitos sociais (RENK, 2001, p. 228).

Deste modo, o papel dessas mulheres do meio rural catarinense se alterou nos significados: não mais "do lar", agora, agricultora; não mais "ajudante do marido na lavoura", mas sim trabalhadora do campo. A visão de hierarquização entre o feminino ("a ajuda") e o masculino ("o trabalhador principal") é parcialmente quebrada, em razão dos direitos constitucionais conquistados (RENK, 2001, p. 229).

Na indústria catarinense, a mão-de-obra foi composta por mulheres e também crianças, além de homens. Todavia,

> (...) as imagens idealizadas que serviam de referência de distinção para a elite urbana foram utilizadas como justificativa, por parte dos empresários, para o pagamento de baixos salários e, por parte de muitos líderes operários, para a tentativa de exclusão das mulheres e crianças do mercado de trabalho (PEDRO, 2001, p. 292).

Como já exposto, a elite catarinense se diferenciava através dos padrões de isolamento feminino. Contudo, grande parte das mulheres não conseguia se identificar com este padrão, pois as condições econômicas de grande parte das famílias não permitiam a adoção deste modelo (PEDRO, 2001, p. 292).

Seja na roça, na pesca, nas indústrias, nos comércios, na mineração: as mulheres catarinenses atuaram com frequência de forma a quebrar o padrão de mulher voltada unicamente às atividades domésticas.

3.2 As trabalhadoras de Santa Catarina no século XXI

A partir de sua construção histórica peculiar, dentre outros fatores, Santa Catarina é um dos estados brasileiros com maior número de empregos formais (SANTOS, ARUTO, 2012, p. 40). Em 2013, pela primeira vez, a taxa de formalidade

entre as mulheres ocupadas foi superior ao registrado para homens. No referido ano, a formalidade foi de 77% para as mulheres, e de 76% para os homens (SANTOS, ROSA, 2015, p. 3).

A presença de mulheres no mercado de trabalho catarinense subiu de 34,3%, em 1986, para 41,68 %, em 2006. Porém, em 2008, as mulheres catarinenses representavam quase o dobro do contingente masculino de desempregados (COAN, 2008, p. 57).

Esta maior participação das mulheres na composição da força de trabalho catarinense se deve

> (...) a melhor qualificação profissional, ao aumento do grau de instrução e, como foi citado anteriormente, ao fato de que as mulheres, mesmo quando qualificadas, por medo de permanecer desempregadas, acabam por "agarrar" a primeira oportunidade que lhes aparece. Isto faz com que, em muitos casos, trabalhadoras bem qualificadas sejam ocupadas em atividades precárias, recebendo baixos salários. Não se pode esquecer que a redução da fecundidade das mulheres catarinenses também foi um dos fatores responsáveis pela maior participação de mulheres em atividades econômicas. O maior desafio a ser superado pelas trabalhadoras talvez seja as diferenças salariais que persistem (COAN, 2008, p. 58-59).

Quanto à taxa de fecundidade, que corresponde a um dos fatores de aumento da quantidade de mulheres na população economicamente ativa, os menores valores nacionais são encontrados em Santa Catarina e no Distrito Federal (1,57 filhos por mulher). A média nacional é de 1,74 filhos por mulher (IBGE, 2015, p. 16).

De acordo com relatório de 2015, "da população economicamente ativa no Estado de Santa Catarina, isto é, das pessoas que se encontram trabalhando ou dispostas a trabalhar, as mulheres representam 44% do total" (SANTOS, ROSA, 2015, p. 3).

As mulheres também correspondem a 44% das pessoas empregadas no Estado. Elas são maioria entre os trabalhadores domésticos (90%), trabalhadores na produção para o próprio consumo (59%) e não remunerados (78%). Vale destacar que estas atividades não são remuneradas, ou são funções com remuneração consideravelmente inferior às demais - como o caso das trabalhadoras domésticas (SANTOS, ROSA, 2015, p. 3).

Em contraponto com os homens, a maior parcela da força de trabalho feminina se dá na administração pública, em que as mulheres representam 62% do total de servidores. No setor de serviços, elas são 50% do total de trabalhadores; no comércio, 47%. Em Santa Catarina, a menor participação feminina é encontrada no setor de extração mineral, em que elas ocupam apenas 7% dos postos. Esta porcentagem é próxima à existente no ramo da construção civil, no qual as mulheres correspondem a 8% da força de trabalho (SANTOS, ROSA, 2015, p. 4).

Como já comentado, os desafios da trabalhadora catarinense concentram-se principalmente no quesito remuneração. Em média, elas recebem 21% a menos do que os trabalhadores. Fazendo-se uma análise por setores, a maior diferença se encontra na indústria de transformação, em que o rendimento feminino equivale a 66% o do masculino. A menor diferença se dá na construção civil, em que elas recebem 98% do salário dos homens (SANTOS, ROSA, 2015, p. 4).

Em todos os ramos de trabalho, os homens recebem mais do que as mulheres. Para um Estado que está dentre os que melhor distribuem a renda no país (IBGE, 2015, p. 83), tal diferenciação entre os gêneros aponta um problema.

A distinção entre os gêneros aparece também no momento da contratação. As mulheres catarinenses, em média, recebem o equivalente a 85% do que os homens auferem ao adentrar o mercado de trabalho. Como recém-contratadas, elas têm remuneração média de R$ 1.070,30; os homens, de R$1.258,86 (SANTOS, ROSA, 2015, p. 6).

Apesar de receberem menos, as mulheres de Santa Catarina são 59,7% das pessoas com nível superior completo. E é justamente dentre os cargos que exigem maior educação formal que se evidencia ainda mais a disparidade de renda das trabalhadoras em relação aos trabalhadores (SANTOS, ROSA, 2015, p. 6). Assim, pode-se considerar que há uma segregação no trabalho, que restringe as mulheres aos cargos de menor prestígio e remuneração.

De acordo com pesquisa realizada em 2007 com foco nas trabalhadoras catarinenses, há uma permanente vantagem dos homens em relação às mulheres no ambiente de trabalho, tanto quanto à remuneração como a condições de trabalho (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIECONÔMICOS, 2007, p. 78).

Em um paralelo com a realidade nacional, percebe-se que, apesar de a representatividade feminina no mercado de trabalho apresentar constante crescimento e corresponder à parcela significativa da mão-de-obra nos mais diversificados setores, o rendimento médio desta população continua abaixo da masculina, apresentando lenta diminuição da desigualdade na última década (IBGE, 2015, p. 62). No Brasil, em 2014, dentre os trabalhadores formais, as mulheres receberam, em média, 76,88% do que homens auferiram. Esta diferença aumenta ao se avaliar o trabalho informal: elas embolsam apenas 65,17% do rendimento deles (IBGE, 2015, p. 83).

Compreende-se que diferenciação de remuneração entre homens e mulheres em Santa Catarina não escapa aos padrões nacionais.

4 Considerações finais

A falta de documentação e valorização não é sinônimo de que o trabalho da mulher nos séculos passados era inexistente. Por exemplo: a agricultora catarinense sempre “ajudou” o marido na roça, mas a percepção desta atividade como trabalho só fica mais visível após a Constituição de 1988.

Do mesmo modo, muitas mulheres da Região Carbonífera colaboraram com as atividades de mineração (insalubres), apesar de antiga vedação feminina para estas atividades. Na pesca, no campo, nas minas, na indústria, no comércio: a ocupação do espaço pelas trabalhadoras ocorreu, e ainda ocorre, apesar das restrições culturais e pela falta de amparo legislativo.

Somente em 1932 surge legislação brasileira especificamente para a mulher trabalhadora. E, mesmo assim, algumas “proteções legais” possuíam caráter discriminatório - como a proibição do trabalho noturno, por exemplo.

Percebe-se que os avanços previstos pela Carta Magna ainda são recentes, e são o resultado, dentre outros, da batalha de mulheres que atuaram e fizeram pressão na Assembleia Nacional Constituinte.

Em Santa Catarina, as maiores diferenças de remuneração são encontradas na faixa de trabalhadores e trabalhadoras com maior nível de instrução. Elas recebem menos (cerca de 21%), apesar de estudarem mais. No Estado, elas são maioria nos setores em que são piores remunerados.

O Estado Catarinense, apesar de possuir um dos menores índices de concentração de renda do Brasil, ainda remunera de forma notadamente diferente suas trabalhadoras em comparação com os trabalhadores.

A distribuição do mercado de trabalho catarinense leva ao entendimento de que há áreas laborais dominadas por mulheres, enquanto outros campos continuam restritos aos homens. Esta divisão é resultado dos limites culturais e sociais quanto à questão de gênero em Santa Catarina.

A garantia da igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho está prevista constitucionalmente, porém é necessário muito empenho político e social para que venha a se consolidar.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 19 ago. 2016.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 19 ago. 2016.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Decreto-lei nº. 5.452, de 1º. de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

_____. Decreto nº. 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

_____. Decreto nº. 21.417-A de 1932. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Lei nº. 3.071, de 1º. de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 19 ago. 2016.

_____. Lei nº. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 19 ago. 2016.

_____. Lei nº. 9.029, de 13 de abril de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Lei nº.13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 28 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Intervalo de 15 minutos para mulheres antes de hora extra é compatível com a Constituição. Brasília, 27 nov. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280715>. Acesso em: 20 ago. 2016.

COAN, Edivania. O Processo de Expansão da Participação Feminina no Mercado de Trabalho Catarinense. Trabaho de Conclusão de Curso. 81 p. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008, p. 57. Disponível em: <http://tcc.bu.ufsc.br/Economia292162>. Acesso em: 01 ago. 2016.

DEL PRIORE, Mary. Histórias do Cotidiano. São Paulo: Contexto, 2001.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIECONÔMICOS. DIEESE. A mulher trabalhadora catarinense. Florianópolis, 2007. Disponível em: https://www.dieese.org.br/relatoriotecnico/2007/trabalhadoraCatarinense.pdf> Acesso em: 27 jul. 2017.

GOULARTI FILHO, Alcides. A Formação Econômica de Santa Catarina. Ensaios FEE, Porto Alegre, v. 23, n. 2, p. 977-1007, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Síntese de Indicadores Sociais 2015 – Uma Análise das Condições da População Brasileira. São Paulo: IBGE, 2015. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=295011>. Acesso em: 10 mai. 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORGA, Antônio (Org.). História das Mulheres de Santa Catarina. Chapecó: Argos, 2001.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. Mulheres e Trabalho: desigualdades e discriminação em razão de gênero: o resgate do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Report of The Diretor-General: A New Era of Social Justice. 2011. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_155656.

pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016.

PEDRO, Maria Joana. Mulheres do Sul. In: DEL PRIORE, Mary (Org); BASSANEZI, Carla (Coord). História das Mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 2004.

RAGO, Margareth. Gênero e História. CNT-Compostela, 2012.

SANTOS, Leandro dos; ARUTO; Pietro Caldeirini. Panorama do mercado Formal do Trabalho em Santa Catarina no Ano de 2011. Revista NECAT. Ano 1, nº. 1, Jan-Abril de 2012, p. 40. Disponível em: <http://necat.ufsc.br/files/2013/01/Revista-NECAT--Ed1.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2016.

SANTOS, Leandro dos; ROSA, Viviane da. Inserção Feminina no Mercado de Trabalho Catarinense: Boletim 2015. Florianópolis: Governo do Estado de Santa Catarina. Disponível em:<http://www.sst.sc.gov.br/arquivos/id_submenu/37/mulher_no_mercado_de_trabalho.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

A PENA COMO FORMA DE CONTROLE SOCIAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

THE PENALTY AS A FORM OF SOCIAL CONTROL AGAINST THE PRINCIPLE OF MINIMUM INTERVENTION

*Marcos Afonso Johner**

Resumo: A sanção jurídico-penal, de índole punitiva, designada pena, é um dos mais contumazes instrumentos de controle social institucionalizado pelo Estado. A sua cominação depende da existência prévia de uma lei, diploma que somente será elaborado se em consonância com o princípio da intervenção mínima, critério político-criminal inserido na dogmática penal para possibilitar a valoração axiológica da criação e, posteriormente, interpretação de um crime. Trata-se de uma ameaça coativa, pois consiste na possibilidade de aplicação da força. Assim, embora se encontre no plano deontológico, produz efeitos concretos na realidade social. Em decorrência disso, a sua incidência, que deveria ser a última razão, acaba por ser a primeira, constituindo nítido modelo de controle social. Destarte, a problemática se insere na forma pela qual o princípio da intervenção mínima pode conter a atuação arbitrária do Direito Penal, na óptica de um Estado Democrático de Direito. Parte-se, então, da hipótese de que referido princípio serve como critério de orientação ao legislador, tanto no momento de elaboração de um tipo penal, quanto no de sua alteração ou revogação, e ao juiz, quando valora os fatos que lhe são trazidos no processo. Utilizou-se, quanto aos objetivos, de pesquisa descritiva, por meio do método indutivo, pois, de fatos gerais, chegou-se a uma conclusão que os conglobasse. A documentação utilizada foi indireta, por intermédio de pesquisa bibliográfica concernente à temática estudada.

Palavras-chave: Pena. Controle social. Intervenção mínima.

Abstract: The juridical-penal sanction, punitive in nature, named penalty, is one of the most frequent instruments of social control institutionalized by the State. It's prediction depends on the prior existence of a law, diploma which will only be drawn up if in line with the principle of minimum intervention, political-criminal criterion inserted in the criminal dogmatics to enable the axiological valuation of the creation and, posteriorly, interpretation of a crime. This is a coactive threat, since it consists in the possibility of applying force. Thus, although it is deontological, it produces concrete effects in the social reality. As a result, it's incidence, which should be the last reason, turns out to be the first, constituting a clear model of social control. Thereby, the problematic is inserted in the way in which the principle of the minimum intervention can contain the arbitrary action of Criminal Law, in the perspective of a Democratic State of Right. It is therefore assumed that this principle serves as a guiding criterion for the legislator, both at the time of elaboration of a criminal type, as well as in its amendment or revocation, and to the judge, when he values the facts brought to him in the process. As for the objectives, a descriptive research was used, through the inductive method, because, from general facts, a conclusion was reached that include them. The documentation used was indirect, through a bibliographical research concerning the subject studied.

*Acadêmico do sétimo periodo do Curso de Direito da FAI Faculdades de Itapiranga/SC.

Keywords: Penalty. Social control. Minimum intervention.

1 Introdução

Ao incriminar determinada conduta, cominando-lhe pena, o legislador estabelece formalmente um instrumento de controle social, possibilitando a intervenção do Estado na liberdade das pessoas. Entretanto, não só a atuação legislativa, mas também a judiciária, no momento de aplicação da lei penal, há de se orientar pelo princípio da intervenção mínima, verdadeira baliza axiológica para criação e interpretação das normas penais. O objeto deste estudo, por conseguinte, volta-se justamente à análise da pena como forma de controle social frente ao princípio da intervenção mínima.

O desenvolvimento do trabalho se circunscreve ao seguinte problema: de que modo o princípio da intervenção mínima pode conter a atuação arbitrária do Direito Penal, na óptica de um Estado Democrático de Direito? Diante disso, parte-se, a priori, da hipótese de que o princípio da intervenção mínima possui função axiológica dúplice, orientando o legislador na criminalização e penalização de determinado comportamento, bem como, na derrogação ou ab-rogação de um tipo penal e seu respectivo preceito secundário, e o juiz, que deverá valorar os fatos que lhe são trazidos no processo, buscando, em ambos os casos, limitar a desmesurada penalização como forma de controle social, abstrata ou concretamente – atividade legislativa e judiciária, respectivamente.

De maneira geral, objetiva-se analisar como o princípio da intervenção mínima pode limitar o controle social exercido por intermédio da pena. Especificamente, busca-se definir o que é o controle social; caracterizar o princípio da intervenção mínima e identificar a sua posição dogmática; e, por fim, traçar um paralelo entre ambos os pontos mencionados.

Para tanto, analisar-se-á, num primeiro momento, a ligação umbilical entre a sanção jurídico-penal e o controle social que dela emana. Em seguida, abordar-se-á o princípio da intervenção mínima e sua posição na dogmática penal contemporânea. Posteriormente, far-se-á o entrelaçamento entre a pena como forma de controle social e a influência que o princípio da intervenção mínima nele exerce.

2 Pena e controle social

No sistema de civil law adotado nos países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil, a lei é a principal fonte do Direito, pois "nela se encontra toda a expectativa de segurança e estabilidade que se espera de um sistema positivado" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 57), isto é, escrito. Nesse caminho, Norberto Bobbio assenta que "o positivismo jurídico é caracterizado pelo fato de definir constantemente o direito em função da coação, no sentido de que vê nesta última um elemento essencial e típico do direito" (BOBBIO, 1995, p. 147).

Alguns detalhes, contudo, merecem atenção. Paulo Nader afirma "que um elemento é essencial a um objeto quando este, sem aquele, deixa de existir como tal" (NADER, 2014, p. 96). O jusfilósofo também distingue coação de coercibilidade, considerando a primeira como força em ato, e a segunda, em potência, é dizer, "a possibilidade de a força ser acionada no campo jurídico" (NADER, 2014, p. 93). Deveras, o Direito pode existir sem coação, mas não sem coercibilidade, que é um estado permanente e corresponde a um prius da possibilidade de aplicação da força, pelo que se pode assegurar que a coercibilidade é fundamental ao direito, pois este,

sem aquela, seria inócuo. É o arremate de Paulo Nader:

> Sendo a coação a força física em ato, faz parte de nossa observação o fato de que as normas jurídicas, em sua generalidade, são cumpridas espontaneamente pela sociedade, independentemente do exercício da coação. Isto se torna necessário apenas quando os indivíduos se rebelam, e isto ocorre não como regra geral, mas excepcionalmente. É inaceitável, portanto, que se tome a coação como elemento essencial ao Direito. [...] O que se nos revela essencial ao Direito é a coercibilidade, ou seja, a possibilidade de o Direito empregar a força (NADER, 2014, p. 96).

Diante disso é que determinadas condutas se encontram proibidas pelo ordenamento jurídico, nos moldes da divisão binária kelseniana em norma primária e secundária, na qual a primeira prevê um comportamento, e a segunda, a sanção, no caso de descumprimento do mandamento normativo. Desse modo, advertem Gagliano e Pamplona Filho,

> [...] a existência de sanção é um elemento de grande importância para a efetivação da lei, decorrendo, em verdade, não somente dela, mas do próprio ordenamento que, abstratamente, preverá as consequências deontológicas do eventual descumprimento de deveres jurídicos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 58).

Impende destacar, pois, que sanção não significa coação, esta entendida como "força, enquanto aquela é apenas determinação de penalidade, que pode ser aceita espontaneamente ou não pelos destinatários". Nesta última hipótese, "o aparato coativo do Estado deverá ser acionado" (NADER, 2014, p. 93). Pode-se afirmar, por derradeiro, que a coação é força; a sanção é ameaça de força, pois apenas informa que, ao desrespeito à norma, seguirá uma consequência jurídica de ordem coativa.

A sanção que aqui nos interessa é a de índole jurídico-penal, chamada pena. De bom alvitre consignar que, a nosso ver, sanção e pena não são conceitos sinônimos, de tal modo que esta é consequência daquela, pois, consoante adverte Costa Matos (2011), "[...] devemos atentar para a estrutura lógica da sanção, que não se identifica pura e simplesmente com pena, configurando antes uma consequência normativa – positiva (sanção premial) ou negativa (sanção punitiva)".[1]

A pena, por sua vez, pode ser considerada consequência lógica do delito, de sorte que a existência de um crime depende da concomitante existência de uma sanção punitiva, tendo em vista que não há infração penal sem lei anterior que a defina, tampouco pena sem prévia cominação legal; é o brocardo que se extrai do princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e no art. 1º, do Código Penal.

Por conseguinte, a pena se torna um mecanismo de controle social, este que é "um conjunto de dispositivos sociais – usos, costumes, leis, instituições, sanções – que objetivam a integração social dos indivíduos, a preservação da estrutura social",

[1] É também o entendimento perfilhado por Miguel Reale (2011, p. 75-76): "Podemos dizer que, atualmente, excogitam-se técnicas mais aperfeiçoadas para obter-se o cumprimento das normas jurídicas, através não de sanções intimidativas, mas sim através de processos que possam influir no sentido da adesão espontânea dos obrigados, como os que propiciam incentivos e vantagens. Assim, ao lado das sanções penais, temos as sanções premiais que oferecem um benefício ao destinatário, como, por exemplo, um desconto ao contribuinte que paga o tributo antes da data do vencimento". Não compartilha dessa ideia Paulo Nader, que segue os caminhos do jusfilósofo espanhol Legaz y Lacambra, preferindo utilizar a expressão garantia jurídica em lugar de sanção premial, pois aquela corresponde "a todo fator que contribui para dar ao Direito o máximo de efetividade. No sentido amplo atribuído à expressão, verifica-se que abrange tanto a sanção-castigo quanto à chamada sanção-prêmio" (NADER, 2014, p. 94).

tudo isso "alicerçado nos valores e expresso na imposição de vontade dos líderes, da classe dominante ou do consenso grupal" (CASTRO, 2009, p. 93).

É que a pena, umbilicalmente ligada ao crime, é resultante de um processo que envolve variados órgãos institucionalizados de poder, tendo em vista que sua criação obrigatoriamente perpassa pelo Poder Legislativo, que a elaborará, dependendo da aquiescência do Poder Executivo para sua promulgação, publicação e posterior vigência. Malgrado a lei penal decorra, como querem alguns autores,[2] da vontade do povo como um todo, não representa nada mais do que a vontade da classe dominante, de alguns poucos que se dizem legitimados para assumir as rédeas do controle institucional.

Mais além desses apontamentos, convém anotar que a pena é uma forma de controle social formal, decorrente de uma instituição, o Estado, pois é este o responsável pela exteriorização da lei, conditio sine qua non para a existência de uma pena. De salutar relevo, à vista disso, conceituar instituições, entendidas como "órgãos de controle social, que se compõem de normas – usos, costumes, leis – aplicáveis a determinada configuração social, destinando-se ao desempenho de funções determinadas nessa configuração" (CASTRO, 2009, p. 101).

Tais instituições controlam o ser humano hodiernamente. Trata-se de um processo involuntário, que, na maior parte das vezes, sequer é percebido pelo sujeito.[3] É o fenômeno da socialização, processo encarado como a "aprendizagem e a interiorização dos elementos socioculturais, normas e valores do grupo social que se integram na estrutura da personalidade do indivíduo (pessoa social)" (LAKATOS; MARCONI, 2008, p. 226). Afinal, já alertava Duguit, "o homem natural, isolado, que nasce livre e independente de outros homens, e com direitos constituídos por essa mesma liberdade e essa mesma independência, constitui uma abstração desvinculada da realidade". Ao bem da verdade, completa, "o ser humano nasce integrado a uma coletividade, vive sempre em sociedade e só pode viver em sociedade" (DUGUIT, 2009, p. 25).

Nesse contexto, Lakatos e Marconi, seguindo os passos de Harry Johnson, trabalham com os termos conformidade e desvio no fenômeno da socialização. O primeiro corresponderia à "ação orientada para uma norma (ou normas) especial, compreendida dentro dos limites de comportamento por ela permitido ou delimitado". A observância de dois fatores se torna importante, in casu: "os limites de comportamento permitido e determinadas normas que, consciente e voluntariamente, são parte da motivação da pessoa" (LAKATOS; MARCONI, 2008, p. 226-227).

De outro giro, "o comportamento em desvio é conceituado não apenas como um comportamento que infringe uma norma por acaso, mas também como um comportamento que infringe determinada norma para a qual a pessoa está orientada naquele momento". Desviado é o comportamento fundado numa "infração motivada" (LAKATOS; MARCONI, 2008, p. 227).

Dessas variantes emana o controle social, conforme subscrevem Lakatos e Marconi:

---

2 Vide, a respeito, GRECO (2014, p. 16), que aduz: "Importa salientar que quando a União cria tipos penais incriminadores, por exemplo, é como se todo o povo brasileiro tivesse anuído para com a inovação feita ao sistema jurídico-penal, em virtude da adoção do aludido sistema-representativo".

3 Daí porque Charles Cooley considerar "o controle como um fator implícito na sociedade e, portanto, transmitido ao indivíduo pela socialização" (LAKATOS; MARCONI, 2008, p. 227).

> Quando o padrão é rompido, através do comportamento desviado, a ruptura provoca sentimentos negativos, dando origem a um processo de sanções cuja função é punir a infração, impedir futuros desvios e/ou alterar as condições que originam o comportamento desviado. Este processo constitui o controle social (grifo nosso) (LAKATOS; MARCONI, 2008, p. 227).

A sanção punitiva corresponde, então, a um instrumento de socialização decorrente do controle institucional, merecendo atenção a circunstância de que "a norma jurídica é a formalização do controle, que dispõe de força coativa" (CASTRO, 2009, p. 238) no caso de transgressão, admitindo Francisco Muñoz Conde (1985, p. 33) que "el principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integrante de la norma penal". Portanto, a pena, como ameaça coativa, é, consequentemente, um dos mais nítidos modelos de controle social formal institucionalizado pelo Estado.[4]

3 Princípio da intervenção mínima

O Direito Penal de um Estado que se diz democrático deve ser valorado axiologicamente, à luz dos princípios que decorrem da respectiva Constituição. Desse modo, a atividade criadora e interpretativa dos tipos penais há de ser realizada com a obrigatória observância dos direitos e garantias fundamentais, de tal forma a respeitar a coerência e a unidade do sistema constitucional. Nessa ótica, Ferrajoli ensina que

> A unidade do sistema, [...], mediante sua formalização, depende, segundo meu modo de ver, do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

Dessarte, os princípios podem ser explícitos, quando expressamente previstos pela Constituição ou por norma infraconstitucional, a exemplo da legalidade e da irretroatividade in pejus (art. 5º, XXXIX e XL, CF/88), ou implícitos, nos casos em que se originam a partir da leitura sistêmica do ordenamento jurídico-penal. Assim, conforme lembra Nilo Batista (2011, p. 83), ainda que o princípio da intervenção mínima não se encontre expressamente previsto no texto magno, nem no Código Penal, deles se processa, impondo-se ao legislador e ao intérprete, "por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do Estado de direito democrático".

Portanto, não se pode retirar a natureza constitucional do princípio da intervenção mínima, pois indiscutivelmente se coaduna, dentre outros, com o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e com os princípios da legalidade e da humanidade das penas (art. 5º, XXXIX e XLVII, respectivamente, CF/88).

Dessa maneira, visto que a intervenção mínima é dotada de caráter constitucional, resta, por conseguinte, entendê-la. Trata-se de um princípio cujas raízes

---

4 Bem lembra Miguel Reale (2011, p. 72) que "a astúcia do Direito consiste em valer-se do veneno da força para impedir que ela triunfe".

se assentam na Declaração Universal dos Direitos do Homem,[5] e traduz a noção de que o Direito Penal é a ultima ratio para a consecução dos fins políticos do Estado, ao qual este "debe recurrir sólo cuando se trata de evitar o sancionar comportamientos muy graves que atacan a bienes jurídicos fundamentales". Não só isso, mas também na estrita medida "en que no sean suficientes otros instrumentos protectores menos lesivos y limitadores para los derechos humanos que los puramente punitivos" (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 16).

Dessa noção, muito bem delineada por Francisco Muñoz Conde, exsurgem as duas principais características do princípio da intervenção mínima, quais sejam a fragmentariedade e a subsidiariedade da ciência penal. Roxin, reconhecendo essa dualidade de funções dogmáticas, assevera:

> El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.—. Por ello se denomina a la pena como la "ultima ratio de la política social" y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimionio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza "fragmentaria" del Derecho penal (grifo do autor) (ROXIN, 1997, p. 65).

À afirmação de que a função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais valiosos da coexistência social se vincula o seu caráter fragmentário, pois nem tudo lhe interessa, "mas tão somente uma pequena parte, uma limitada parcela de bens que estão sob a sua proteção, mas que, sem dúvida, pelo menos em tese, são os mais importantes e necessários ao convívio em sociedade" (GRECO, 2014, p. 63).

De outro lado, a natureza subsidiária indica que a atuação do Direito Penal somente se legitimará naquelas situações em que a intervenção dos demais ramos do ordenamento jurídico, a exemplo do Direito Administrativo e do Direito Civil, for insuficiente para a proteção do bem jurídico, ou, nas precisas lições de Francisco Muñoz Conde (2001, p. 108), "en cuanto fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho".

Nessa senda, o princípio da intervenção mínima exerce dupla função, orientando (a) o legislador na escolha da criminalização de determinada conduta, bem como, na revogação de dado tipo penal, e (b) o juiz, intérprete da lei, que deverá contextualizar o caso concreto em consonância com os caracteres da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal, constituindo-se, imperativamente, em verdadeiro critério político-criminal.[6]

4 A pena como forma de controle social frente ao princípio da intervenção mínima

A sanção jurídico-penal, ou simplesmente pena, é um mecanismo de con-

[5] Diz o art. 8º do referido documento: "A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada" (grifo nosso).

[6] "El principio de intervención mínima se convierte así en un principio político criminal limitador del poder punitivo del Estado derivado de la propia naturaleza del derecho penal. Sus consecuencias son tanto de orden cuantitativo como cualitativo" (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 123).

trole social estatuído institucionalmente pelo Estado, para que os indivíduos de determinada sociedade sigam o sistema conforme sua base legal, e não de forma desviada. Isso decorre de uma das características marcantes do Direito, que é a coercibilidade, consistente na possibilidade de aplicação de força física no caso de transgressão da norma.

Frente a isso, Lakatos e Marconi (2008, p. 229) sustentam que "[...] o sistema de controle social de uma sociedade seria o padrão de pressões que ela exerce para manter a ordem e as normas estabelecidas". Celso A. Pinheiro de Castro (2009, p. 239), com assaz precisão, disciplina que "o controle social exercido pelo direito é o resultante do valor que embasa e ao qual se associa a norma, aliado à força".

Destarte, a pena se caracteriza como ameaça coativa, modelo de controle social formal abstrato situado na órbita do dever-ser, isto é, naquilo que seria o modelo ideal. Não se perfectibiliza pela força, mas pela chance de incidência desta. No entanto, para a existência de uma pena é imprescindível a concomitante existência de uma lei, por expresso mandamento constitucional (art. 5º, XXXIX, CF/88). Desse modo, uma pena somente é válida quando dotada de prévia cominação legal e não macule a gama de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e nos tratados do qual o Brasil seja signatário.

Diante desse quadro são necessários limites ao poder punitivo estatal, para que não sejam cominadas penas a condutas não merecedoras da tutela penal. Dessarte, de fundamental importância é o princípio da intervenção mínima na política criminal contemporânea, servindo como norte interpretativo ao legislador e ao poder judiciário.

É que, nas felizes palavras de Luís Greco, "apenas ações perigosas podem ser proibidas; mas nem toda ação perigosa está proibida" (GRECO, 2013, p. 46). Existe, pois, um nível de risco permitido, no qual o Direito Penal não deve intervir, pois, caso o fizesse, neutralizaria o próprio desenvolvimento social e a socialização humana.[7]

Nesse cenário, a identidade social consubstanciada na lei penal deve ser revista quando não mais corresponda aos anseios sociais, seja pelos costumes do povo, seja pela desnecessidade da criminalização de determinada espécie comportamental (ação ou omissão). Com isso, a pena, enquanto sanção punitiva, deixa de existir, dando lugar a outras formas de controle social, ditas informais, expressadas pelos usos, costumes e opinião pública (CASTRO, 2009), sancionadas de forma não-jurídica.

Assim sendo, não se pode perder de vista a última razão de ser do Direito Penal como forma de controle social ante a ameaça coativa circunscrita à pena. Tal natureza, inclusive, é voltada ao próprio sistema total Direito em relação a outros meios, que não jurídicos, de controle social. A propósito, é o que ensina Machado Neto:

[7] JAKOBS (2014, p. 25) afirma: "É que a sociedade não é um mecanismo cujo único fim seja oferecer a máxima proteção aos bens jurídicos, mas que está destinada a possibilitar as interações e a proibição de qualquer colocação em perigo, de qualquer índole que seja, tornaria impossível a realização de qualquer comportamento social".

> O direito, [...], é, pois, o modo mais formal do controle social formal. Sua função é a de socializador em última instância, pois sua presença e sua atuação só se faz necessária quando já as anteriores barreiras que a sociedade ergue contra a conduta anti-social (sic) foram ultrapassadas, quando a conduta social já se apartou da tradição cultural, aprendida pela educação para, superando as condições de mera descortesia, simples imoralidade ou mesmo, pecado, alcançar o nível mais grave do ilícito ou, tanto pior, do crime (MACHADO NETO, 1987, p. 166).

No mesmo barco rema Cezar Roberto Bitencourt, quando assinala:

> Antes, portanto, de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social (BITENCOURT, 2013, p. 54).

Dessa forma, a criminalização de uma conduta é – ou pelos menos deveria ser – a última forma de se buscar o controle social, que ficaria a encargo, dentre outras, de instituições informais, a exemplo da escola e da família, ou de ramos menos gravosos do Direito. Serve o princípio da intervenção mínima, portanto, como baliza axiológica para o legislador verificar a necessidade de penalização de um comportamento, sob um duplo viés: ora revogando tipos penais anacrônicos (como aconteceu com o adultério, por exemplo), ora (re)adequando a previsão abstrata do preceito secundário à gravidade do crime.

De mais a mais, é preciso ter em mente que determinadas formas de comportamento não podem ser retiradas da proteção penal, pois, do contrário, o bem jurídico ficaria desprotegido. Todavia, é indispensável que o intérprete verifique se os fatos que lhe são trazidos no processo realmente merecem a reprimenda penal; vale dizer, o juiz deve estar atento e examinar se outro ramo do Direito pode salvaguardar a lesão ao bem jurídico de forma eficaz, sem necessidade da aplicação de uma pena, garantindo, assim, a concreção do princípio da intervenção mínima e da limitação do controle social penal. Veja-se, a propósito, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que raciocinou de forma semelhante:

> APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. APLICABILIDADE
>
> Na expressão de Bitencourt, antes de recorrer-se ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios revelarem-se insuficientes à tutela de determinado bem jurídico, é que estará justificada a utilização do meio repressivo de controle social de maior gravidade: a pena. No caso dos autos, embora demonstradas a materialidade e a autoria do crime, bem como o dolo do réu ao praticar a infração penal, os demais meios de controle social mostram-se suficientes para restabelecer a ordem jurídica abalada, devendo a sanção penal ficar resguardada somente àquelas condutas mais graves e que afetam os bens jurídicos imprescindíveis para a ordem social (BRASIL, 2015).

No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal o princípio da intervenção mínima, como mecanismo limitativo do controle social penal, é comumente utilizado para afastar condenações ou trancar ações penais relacionadas a crimes patrimoniais, sobretudo nos casos de furto, quando a lesão ao bem é insignificante. No âmbito do Pretório Excelso observa-se o seguinte entendimento:

> PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público (BRASIL, 2004).

Constata-se, pois, a importância do princípio da intervenção mínima no momento de valoração dos fatos levados a julgamento, justamente para se garantir que o Direito Penal não seja utilizado sem os critérios adequados. Dessa feita, em observância ao caráter subsidiário, limita-se o controle formal penal para que outros mecanismos jurídicos atuem na reparação da lesão ao bem.[8]

Entretanto, é essencial destacar que, por mais belas e seduzentes que sejam as considerações acima estampadas, a realidade delas se distancia. O controle social exercido por intermédio da pena, isto é, pela ameaça coativa, vem sendo utilizado como prima ratio, e não o contrário. A percepção político-legislativa deixa a entender que a resolução dos problemas sociais brasileiros se dá pela criminalização de condutas, ou seja, restringindo ainda mais a liberdade, em vez de solidificá-la, aprimorá-la e, conseguintemente, aumentá-la. Há de se ter a noção de que a pena não serve para tirar a liberdade do sujeito, mas, sim, para dar-lhe a possibilidade de usufruir de tal direito fundamental (CARNELUTTI, 2003).

Contudo, como bem destacou Jesús-María Silva Sánchez (2001), vê-se uma crescente expansão do direito penal, com a desmedida criação de novos tipos penais e a restrição ainda maior da liberdade individual, por um instrumento que, por questões metodologicamente óbvias, não deveria ser utilizado de tal maneira.

Nessa senda, nem tudo é de interesse do Direito Penal, isto é, do exercício do controle social por intermédio de uma pena; questões existem que necessitariam ser tratadas por outros ramos menos gravosos do ordenamento jurídico, daí o caráter subsidiário da ciência penal. Não por motivo diverso, Roxin (1997, p. 65-66) proclamou que, como o Direito Penal possibilita a mais dura de todas as intromissões na liberdade do ser humano, "sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente".

No contexto ilustrado, mencionam-se as corriqueiras situações da justiça criminal, relacionadas aos procedimentos de menor potencial ofensivo, decorrentes de contravenções penais, a exemplo do porte de arma branca e da perturbação do

---

[8] Isso não quer significar que o Direito Penal perca sua autonomia em relação aos demais campos da ciência jurídica, a exemplo do Civil e do Administrativo. Apenas ressalta que a dogmática penal é a ultima ratio. Esclarecimentos precisos em: MUÑOZ CONDE, 2001, p. 108-135.

sossego (arts. 19 e 42, respectivamente, da Lei de Contravenções Penais). É plausível que tais infrações sejam realmente resguardadas pelo Direito Penal? Melhor, que a sua ocorrência, caso impossível a transação penal,[9] dê causa a um processo penal? Ou, respondendo com um questionamento, não seriam mais razoáveis sanções administrativas, de aplicabilidade imediata, como uma multa decorrente do poder de polícia, por exemplo? Enfim, perguntas simples, cujas respostas seriam (ou parecem ser) ainda mais. Todavia, o Estado as ignora, mergulha nas profundas águas do Letes e simplesmente se esquece dos problemas que deveria enfrentar.

Nesse viés, com extrema acuidade, Lakatos e Marconi (2008, p. 240) sustentam que "a incoerência de atitudes por parte de autoridades conduz a um comportamento oscilante: insegurança, inibição, nervosismo ou desobediência, comportamento desviante". De outro lado, "um sistema de sanções coerentes induz à conformidade, ao passo que as incoerentes, incertas e inconstantes levam à desobediência"; é o retrato quase que fiel da realidade brasileira.

Consecutivamente, as discussões travadas no ambiente político não condizem com critérios político-criminalmente coerentes; de modo inverso, retratam somente a fotografia proporcionada pela sua própria população, tão bem manipulada pela mídia, formadora de opinião pública e, porque não dizer, meio de controle social. Basta ligar a televisão por volta das 16h15min e ver que a mídia é uma espécie de plus ao judiciário, de sorte que julga e condena, automaticamente.

Desse modo, centra-se a questão naqueles que alcançam o poder, dado que, nele investidos, quererão manter-se. Para isso é imprescindível "agradar" o povaréu das mais variadas maneiras, iludindo-o. Celso A. Pinheiro de Castro (2009, p. 112), citando Maurício Duverger, aponta que "mesmo na mais democrática das democracias, não é o povo que governa por si próprio; os governantes reais constituem uma categoria de pessoas, pouco numerosa e distinta da massa. Todo governo é oligárquico".

Erasmo, nos idos de 1509, com magistral retidão, ao falar dos governantes, afirmava:

> Mergulhados na indolência e nos prazeres, eles evitam tudo o que pode suscitar em sua alma preocupações e inquietudes, e só admitem em seu convívio os que sabem adulá-los sempre com palavras agradáveis. [...] É verdade que nisto não agem sem alguma precaução: encontram mil pretextos para autorizar suas afrontas e dar uma aparência de justiça às coisas mais injustas do mundo, e nunca deixam de adular um pouco o povo que espoliam, a fim de conquistar seu afeto de alguma maneira (grifo nosso) (ROTTERDAM, 2013, p. 98-99).

Assim, desde o ponto de vista político-legislativo, denota-se que a interpretação axiológica da pena a partir do princípio da intervenção mínima é deveras escassa, senão nula. Com o objetivo de satisfazer os anseios punitivistas da sociedade, bastante difundidos pelas mídias afora, criam-se mais e mais tipos penais,[10] ou se aumentam as penas daquelas já existentes, ludibriando o povo, prometendo-lhe falsas soluções para conseguir seu afeto – e, posteriormente, a reeleição.

---

9 A transação penal é um "instituto que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e defesa, encerrando o procedimento" (JESUS, 2010, p. 73). Encontra previsão legal no art. 76 da Lei nº 9.099/1995, que dispõe: "Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta".

Semelhantemente, várias decisões judiciais, especialmente nas instâncias superiores, encontram-se desalinhadas dos parâmetros estabelecidos nos parágrafos antecedentes, originando julgados bastante incoerentes em seus termos, fazendo incidir o controle mais sobre o réu do processo do que, propriamente, ao fato por ele praticado. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, deixa de aplicar o princípio da insignificância, em se tratando de crime de furto, quando o réu é reincidente em infração da mesma natureza, ainda que a lesão ao bem jurídico seja inexpressiva, o que se percebe pela leitura da ementa do seguinte excerto:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TENTATIVA DE FURTO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSOS EM CURSO POR OUTROS DELITOS PRATICADOS PELO RECORRENTE. PROPENSÃO À PRÁTICA DELITIVA. 1. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 2. Nas circunstâncias do caso, não se pode aplicar ao Recorrente o princípio em razão de seus antecedentes criminais, por outras práticas de crimes contra o patrimônio (BRASIL, 2012).

No entanto, a mesma corte não vê óbice à incidência do princípio da insignificância quando o réu não é reincidente específico, isto é, na hipótese em que foi condenado, anteriormente, por crime de natureza diversa. Ou seja, se pratica um furto e é reincidente porque outrora fora condenado por homicídio, pode ser beneficiado pela insignificância; não, porém, se o crime antecedente era outro furto, ante a sua contumácia delitiva. Veja-se, por sinal, arresto que se colaciona da Suprema Corte:

> HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. CONTUMÁCIA DE INFRAÇÕES PENAIS CUJO BEM JURÍDICO TUTELADO NÃO É O PATRIMÔNIO. DESCONSIDERAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. [...] 3. Trata-se de furto de um engradado que continha vinte e três garrafas vazias de cerveja e seis cascos de refrigerante, também vazios, bens que foram avaliados em R$ 16,00 e restituídos à vítima. Consideradas tais circunstâncias, é inegável a presença dos vetores que autorizam a incidência do princípio da insignificância. 4. À luz da teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos, a contumácia de infrações penais que não têm o patrimônio como bem jurídico tutelado pela norma penal não pode ser valorada, porque ausente a séria lesão à propriedade alheia (socialmente considerada), como fator impeditivo do princípio da insignificância (BRASIL, 2014).

Depreende-se, das exposições acima, que a jurisprudência adota critérios que se convertem num (repudiável) direito penal de autor, relegando o estudo dos fatos que deram existência ao processo e focando na pessoa que os praticou. Assim, se as circunstâncias postas em discussão fossem visualizadas a partir do princípio da intervenção mínima, limitando-se o controle social penal ao efetiva-

---

[10] Exemplo recente foi a inclusão do § 6º ao art. 155 do Código Penal, responsável pelo acréscimo de uma derivação do crime de furto, cominando e pena de reclusão, de dois a cinco anos, à conduta de subtrair "semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração". É o famoso abigeato, ou furto de gado, só que com maior abrangência, face à expressão semovente domesticável de produção. Entretanto, o recrudescimento da pena produz efeitos inversos. Ora, qual meliante furtaria um gado sozinho? Para empreitadas do tipo, geralmente há o concurso de duas ou mais pessoas. E, neste caso, o furto é qualificado (art. 155, § 4º, IV, CP), com pena de dois a oito anos; portanto, maior do que aquela prevista para o delito de abigeato. Enfim, legislador e suas legislatices.

mente necessário, isto é, aos crimes extremamente graves, as decisões dos tribunais poderiam percorrer destinos distintos.

5 Considerações finais

A sanção jurídico-penal, de índole punitiva, designada pena, é um dos mais contumazes instrumentos de controle social institucionalizado pelo Estado. A sua cominação depende da existência prévia de uma lei, diploma que somente será elaborado se em consonância com o princípio da intervenção mínima, critério político-criminal inserido na dogmática penal para possibilitar a valoração axiológica da criação e, posteriormente, interpretação de um crime.

Por conseguinte, referido princípio atua em dois planos distintos; primeiramente, orienta o legislador a selecionar as formas comportamentais consideradas efetivamente ofensivas aos bens jurídicos constitucionais e que, por sua vez, merecem a salvaguarda da tutela penal – caráter fragmentário. Assim sendo, cabe aos "representantes do povo" realizar um juízo axiológico acerca da necessidade de manutenção de determinado tipo penal, e, consequentemente, revogar aqueles considerados anacrônicos e (re)adequar a previsão abstrata do preceito secundário à gravidade do crime.

De outra banda, o princípio da intervenção mínima influencia, ainda, a atividade judiciária, pois é indispensável que o intérprete verifique se os fatos que lhe são trazidos no processo realmente merecem a reprimenda penal; vale dizer, o juiz deve estar atento e examinar se outro ramo do Direito pode reparar a lesão ao bem jurídico de forma eficaz, sem necessidade da aplicação de uma pena – caráter subsidiário.

Convém ressaltar que os raciocínios dos parágrafos precedentes se situam na órbita do dever-ser, naquilo que seria o ideal; porém, o que realmente acontece trilha caminho diverso, haja vista que o controle social penal, abstrata ou concretamente, é, ainda, um dos principais mecanismos de inibição comportamental humana.

Em razão disso, ou se criam mais tipos penais, ou se aumenta a pena daqueles já existentes – atividade legislativa -, como se o controle social por intermédio da criminalização e penalização de condutas fosse a mágica solução para todos os problemas de segurança pública. Por derradeiro, o caráter de ultima ratio do Direito Penal se transforma em prima ratio. De mais a mais, cria-se um sistema incoerente de aplicação e execução de penas, restringindo a liberdade da população sem o imprescindível correlato ganho social, um verdadeiro "proibir por proibir", para utilizar as expressões de Luís Greco (2013).

Destaca-se, por oportuno, que não só no Poder Legislativo o princípio da intervenção mínima é invertido, tendo em vista que várias decisões judiciais, em especial nas cortes superiores, interpretam-no equivocadamente, de modo a originar um conjunto de precedentes que demonstram, em sua globalidade, total incoerência com o direito penal do fato, dando origem a verdadeiro direito penal de autor. Isso se verifica, por exemplo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal quando, ao se deparar com reincidentes específicos em crimes patrimoniais, precipuamente em se tratando de furto, entende não ser aplicável o princípio da insignificância, em virtude da contumácia delitiva do réu, ainda que o fato por ele praticado seja totalmente inexpressivo.

Portanto, a hipótese resta parcialmente comprovada, pois, no mundo do dever-ser, o princípio da intervenção mínima exerce importante papel dogmático, tanto na função legislativa quando na judicante, limitando, com isso, o controle social penal. De outro giro, visualizado na órbita do ser, muitas vezes tal princípio é aplicado com desacertos, ou sequer é avaliado, o que acarreta no excessivo grau de atuação do Direito Penal e de seu respectivo controle, dando azo à criação de crimes desnecessários ou ao aumento de pena daqueles já existentes, bem como, lugar a decisões dogmaticamente incoerentes.

Referências bibliográficas

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.412, Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 19 de outubro de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 114.723, Segunda Turma. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 26 de agosto de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 1147.717, Segunda Turma. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 13 de novembro de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70062850326, Sétima Câmara Criminal. Apelante: Ministério Público. Apelado: Antenor Luiz de Souza. Relator: Desembargador José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, RS, 19 de março de 2015.

CARNELUTTI, Francesco. O problema da pena. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. Sociologia do Direito. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. A Norma Fundamental de Hans Kelsen como Postulado Científico. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 58, p. 41-84. Belo Horizonte. Janeiro/Junho de 2011. Disponível em: <www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/136/127>. Acesso: 24 de outubro de 2016.

DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Luís. Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, vol. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no Direito Penal. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JESUS, Damásio E. de. Lei dos juizados especiais criminais anotada. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Sociologia geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MACHADO NETO, Antônio Luís. Sociologia jurídica. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Jerez: Gráficas del Exportador, 1985.

_____. Introducción al Derecho Penal. 2. ed. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2001.

NADER, Paulo. Filosofia do Direito. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROTTERDAM, Erasmo de. Elogio da Loucura. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. Tradução do alemão para o espanhol de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

UM ESTUDO DE CASO DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO NO NEOCONSTITUCIONALISMO

*Cláudia Milena Mendonça Mazon**

*João Victor Pereira Leão***

Resumo: O presente trabalho se propõe a realização de um estudo de caso sobre o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132 pelo STF, relacionando tal fato com a judicialização da política e o ativismo judicial e com o déficit representativo de grupos minoritários no Neoconstitucionalismo.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, judicialização da política, ativismo judicial, união estável homoafetiva, representação.

Sumário: 1. Introdução. 2. Neoconstitucionalismo: Protagonismo Constitucional. 3. Deficit Representativo. 4. O Caso. 5. Análise. 6. Entre o Ativismo e a Judicialização. 7. Conclusão.

1 Introdução

O presente trabalho se propõe a um estudo de caso sobre o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sob o prisma da judicialização da política e do ativismo judicial, frente ao Neoconstitucionalismo.

Serão exploradas as diretrizes teóricas do Neoconstitucionalismo, bem como a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial, posteriormente será analisado o caso proposto, e como se relaciona com tais fenômenos, observando suas causas, seus efeitos e sobre o que se sustenta a decisão do Supremo Tribunal Federal.

O reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo se deu através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 (proposta inicialmente como "ADPF 178"), protocolada no dia 2 de julho de 2009 pela Procuradora-Geral da República, que teve por objeto o obrigatório reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendessem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro em 27 de fevereiro de 2008, tendo como objeto o artigo 19, incisos II e V e o artigo 33, incisos I ao X e parágrafo único do Decreto-lei nº 220, de 18 de julho de 1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), que possibilitavam interpretação discriminatória em relação aos homossexuais.

---

* Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis – UFU.

** Graduando em Direito pela Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis – UFU.

A decisão do STF afirmou o reconhecimento de um direito que, no direito positivo brasileiro, não é regulamentado por regra específica, embora o fenômeno ao qual se refira seja inegavelmente um fato da vida. Através de uma "interpretação conforme a Constituição", a Suprema Corte tomou, na prática, uma decisão de grande importância na luta pelos direitos dos homossexuais. Tal decisão foi necessária devido à ausência de legislação específica gerada pela deficiente representação das minorias no legislativo brasileiro, e pelo dever de realização dos princípios constitucionais, fruto do papel que a Constituição assume no paradigma do Neoconstitucionalismo.

Uma grande deficiência da democracia representativa se evidencia na análise de assuntos que envolvam a população LGBTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais). O direito a não discriminação da população LGBTT – assim como de qualquer outra – é um direito fundamental, tendo como base os princípios constitucionais de igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e vedação ao preconceito. Entretanto, a ausência de legislação específica, consequência da falta de representação no Poder Legislativo, faz com que os direitos dessa minoria sejam marginalizados, o que frequentemente resulta em demandas judiciais.

A principal mudança referente ao paradigma do Neoconstitucionalismo diz respeito ao papel desempenhado pelo texto constitucional no ordenamento jurídico, que se torna um programa positivo de valores que precisa ser atuado pelo legislador (MAIA, 2009, p. 5). As constituições passam a ser compostas por normas não apenas formais, limitadas à distribuição e organização do poder, mas também materiais, que estabelecem conteúdos que devem ser preservados pelo legislador ordinário e resguardados pelo aplicador do direito, que passa a poder aplicar diretamente a Constituição.

Segundo Luis Roberto Barroso,

> judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo
>
> – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (2012, p. 24)

O autor distingue a judicialização do ativismo judicial. Enquanto aquela seria uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado, e não um exercício deliberado de vontade política, o ativismo judicial seria uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance que normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Segundo ele, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, podendo a postura ativista se manifestar através de condutas, dentre elas a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário. (BARROSO, 2012, p. 25)

2 Neoconstitucionalismo: Protagonismo constitucional

Esse trabalho não tem como objetivo um estudo completo e profundo sobre o Neoconstitucionalismo, mas se faz necessário que suas diretrizes e consequências sejam exploradas.

Para Prieto Sanchís (2010, p. 462) o termo Neoconstitucionalismo tem um caráter gravemente ambíguo e extremamente vago, comportando vários sentidos distintos, por isso prefere falar de Neoconstitucionalismos, no plural. De acordo com o autor o neoconstitucionalismo tende a converter-se em uma resposta global ou em uma nova cultura jurídico-política, que se faz presente em toda classe de debates:

> *en los debates de filosofía política acerca del mejor modo de organizar las instituciones democráticas; en los conceptuales a propósito de qué debemos entender por Derecho y de cómo se explica su relación con la moral; en los metateóricos sobre la función de la ciencia jurídica y el enfoque más adecuado para la comprensión del Derecho; en los teóricos relativos a la naturaleza de las normas y de su interpretación, etcétera.*

Prieto, apesar das distintas manifestações ou formas de entender o neoconstitucionalismo, depreende que todas têm um substrato comum, o modelo do Estado Constitucional de Direito, principalmente em sua versão Europeia, após a Segunda Guerra Mundial e de alguns países ibero-americanos durante a última década do século XX, ao lado de uma nova concepção de sociedade, do indivíduo e do Estado.

Como características do Estado Democrático de Direito o autor elenca (SANCHÍS, 2010, p. 464):

- O reconhecimento de inquestionável força normativa da Constituição, que não mais é concebida como exercício de retórica política ou expressão de um catálogo de boas intenções, mas como norma jurídica com força conformadora superior.

- A rematerialização constitucional, isto é, a incorporação ao texto não só de normas formais, relacionadas à organização do estado e dos poderes, mas também de normas que estabelecem limites negativos e vínculos positivos aos poderes estatais.

- A garantia judicial, consequência da força normativa da Constituição e a aplicação direta da Constituição, que como norma superior, pode ser diretamente aplicada.

- A rigidez constitucional.

Destarte, pode-se entender que a principal mudança referente ao paradigma do Neoconstitucionalismo refere-se ao papel desempenhado pelo texto constitucional no ordenamento jurídico, que se torna um projeto positivo de valores que deve ser atuado pelo legislador (MAIA, 2009, p. 5). As constituições passam a ser compostas por normas não apenas formais, limitadas à distribuição e organização do poder, mas também materiais, que estabelecem conteúdos que devem ser

preservados pelo legislador ordinário e resguardados pelo aplicador do direito, que passa a poder aplicar diretamente a Constituição.

Fábio de Oliveira (2009, p. 245) destaca, como bases que regem o Neoconstitucionalismo, a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, a constatação dos direitos fundamentais como cerne do constitucionalismo, a sustentação de que, em que pese a acentuada pluralidade, a Constituição tem capacidade unificadora, a abertura do sistema jurídico e a afirmativa força normativa vinculante da Constituição.

Destarte, podemos perceber que no Neoconstitucionalismo existe um dever de realização dos princípios jurídicos e, principalmente, dos direitos fundamentais resguardados no texto da Constituição que vincula as ações do Estado.

3 Deficit representativo

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe grande quantidade de direitos fundamentais em seu texto, o que resulta maior possibilidade de judicialização. A redemocratização fez com que o Judiciário passasse de um departamento técnico-especializado para um verdadeiro poder político, auxiliando na efetivação da Constituição e das leis. Outros fatores que auxiliaram no aumento da atividade do Poder Judiciário é o déficit de representatividade das minorias e a deficiente funcionalidade na esfera Legislativa.

O problema da representatividade das minorias se faz evidente quando se aprecia a questão LGBTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais). O direito à não discriminação é um direito fundamental, tendo como base os princípios constitucionais de igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana. Entretanto, a evidente falta de representatividade política impede que leis específicas sejam criadas para dar tratamento específico aos casos de discriminação, que normalmente são tratados simplesmente como injúria, lesão corporal ou homicídio, a despeito da motivação por um sentimento de homofobia profundamente enraizado na consciência social.

A Câmara dos Deputados, sob forte influência do fundamentalismo religioso e do conservadorismo, se torna um obstáculo à aprovação de projetos de leis que auxiliem na efetivação dos direitos dessa comunidade. Têm-se o exemplo do Projeto de Lei Complementar n.122/2006, oriundo da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Travestis (ABGLT), cuja relatora é a senadora Fátima Cleide (PT-RO), que se refere à criminalização da homofobia, prevendo que esta também seja punida na forma da lei, assim como os demais crimes previstos resultantes de discriminação. O Poder Legislativo Federal se mostra ainda inerte na aprovação de tal projeto, sendo que, se aprovado fosse, traria para a causa mecanismos de proteção contra os inúmeros atos de agressão e intolerância que essas pessoas vivem em seu dia a dia.

A omissão da legislação infraconstitucional no que diz respeito aos direitos das minorias sexuais coloca esses indivíduos em uma situação de desamparo frente ao grande preconceito que, ainda hoje, persiste na sociedade brasileira. Assim, por mais que haja mecanismos que fomentem a busca por representatividade dessas minorias como o Seminário LGBT do Congresso Nacional, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais – (CNCD/LGBT), é evidente que o conservadorismo arraigado no Poder Legislativo faz com que haja um violento descaso com a busca pelos direitos homossexuais, fazendo

com que o Judiciário seja o escopo de realização das promessas constitucionais para essas minorias esquecidas pelo Legislativo.

O relacionamento homoafetivo existe e sempre existiu, o problema é que o Direito nem sempre acompanha a realidade, esses relacionamentos são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um, a homossexualidade é um fato da vida. Quando o texto constitucional afirma que o modelo de família aceito legalmente serve "para efeito da proteção do Estado", ele não justifica qual mal traria as relações homoafetivas, sendo que, a família contemporânea tem como cerne a mútua assistência afetiva, que é a vontade de firmar uma relação íntima e estável de união, diante disso, uma união heterossexual não difere de uma homossexual. Ao funcionalizar as relações afetivas a um determinado projeto de sociedade, há o tratamento do indivíduo como um meio, interferindo na sua dignidade humana, uma vez que o instrumentaliza, assim, a exclusão do reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo é um reflexo dessa instrumentalização.

Há uma eficiência seletiva no Poder Legislativo, ele é hiperativo no que diz respeito a decisões administrativas, entretanto, se esquiva de apreciar questões relacionadas a grandes controvérsias morais na sociedade. Existe por uma mínima parte dos deputados a elaboração de leis e projetos, mas eles sequer são votados ou levados adiante, isso se deve a insensibilidade do legislador de receber os inputs da periferia e transformá-los em leis ou políticas afirmativas.

De acordo com Iris Marion Young (2006, p. 169), os membros de grupos sociais estruturais menos privilegiados geralmente são sub-representados na maioria das democracias contemporâneas. Grupos culturais minoritários e aqueles situados em posições raciais desvalorizadas também costumam carecer de voz política efetiva, o que pode frustrar as promessas de igualdade política e de oportunidade que estão na base dos princípios democráticos. Diante da abstenção do Legislativo, causado tanto pelo déficit representativo de minorias quanto pelos valores conservadores dispersos na sociedade, tem-se uma ausência de legislação específica que garanta uma igualdade efetiva, diante dessa situação de tensão muitas vezes se recorre ao Judiciário que precisa contornar a falta de previsão normativa, utilizando-se dos valores e princípios dispersos na Constituição para solucionar os conflitos que daí surgem. Uma situação não prevista diretamente por uma norma específica pode estar relacionada com alguma disposição constitucional. Se os princípios jurídicos carecem de condições de aplicação, sua eficácia concreta é ilimitada e as pautas morais contidas nas constituições são capazes de dissipar qualquer lacuna. (LEIVA, 2012, p. 524)

No nosso contexto social, diante de tantos preconceitos e marginalização dos indivíduos que possuem uma escolha sexual diferente da maioria, o que ocorre é que uma pessoa homossexual tem que escolher entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente. Boaventura de Sousa Santos afirma: "temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza" (SANTOS, 2003, p. 56).

4 O caso

O Supremo Tribunal Federal decidiu por conhecer a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), e julgá-la em conjunto com a ADI 4.277.

A petição inicial da ADI 4.277 sustentou a tese de que através dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica, todos presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, era possível a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E que, diante da inexistência de legislação infraconstitucional regulamentadora, deveriam ser aplicadas analogamente ao caso as normas que tratam da união estável entre homem e mulher.

Sustentou-se que, em razão da possibilidade de aplicação imediata dos princípios constitucionais do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica, era possível o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

Na petição inicial consta que

> […] em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio e do descaso das maiorias.

Na defesa de seu voto, o Ministro Ayres Britto (Relator) apregoa uma interpretação conforme a Constituição aos dispositivos questionados na ADPF 132 (artigo 19, incisos II e V e o artigo 33, incisos I ao X e parágrafo único do Decreto-lei nº 220, de 18 de julho de 1975) que, através de plurissignificatividade ou polissemia, possibilitam interpretação discriminatória em relação aos homossexuais. E também ao art. 1.723 do Código Civil, afirmando que na Constituição se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões estáveis homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.

O ministro afirma que a preferência sexual se põe como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana". Levando em conta que a Constituição veda expressamente o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, conclui que o resultado dessa conjugação normativa é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.

Através da extração de juízos do sistema de comandos da Constituição o Ministro Ayres Britto defende uma interpretação não reducionista do conceito de família, que abarque as formadas por casais homossexuais.

Para o Ministro Luis Fux, levando em conta a guarida, no § 4º do art. 226, das famílias monoparentais, a proteção constitucional da família não se dá com o fito de se preservar apenas o modelo biparental. A Constituição de 1988 teria consagrado a família como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.

Apoiado na teoria de Robert Alexy, para quem, inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico, afirma não haver argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. A partir disso, salienta que o desprezo das uniões homoafetivas constitui uma violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana. Evocando a necessidade de segurança jurídica, afirma que o reconhecimento também traria previsibilidade às relações em questão. No seu aditamento de voto, o Ministro afirma que inúmeros princípios constitucionais, quase que a Constituição como um todo, conspiram em favor da equalização da união homoafetiva em relação à união estável.

A Ministra Cármen Lúcia busca discutir a adoção de melhor interpretação da norma do art. 1.723 do Código Civil em consonância com os princípios constitucionais. Segundo ela, a largueza dos princípios constitucionais determinam que a interpretação a ser aproveitada, quanto aos direitos fundamentais, impõem a interpretação conforme da regra em foco segundo a norma constitucional entendida numa largueza maior, fundamentada nos princípios magnos do sistema. Sendo um sistema, a Constituição haveria de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios.

O Ministro Ricardo Lewandowski afirma que a união estável homoafetiva não pode ser encaixada em nenhuma das definições de família que a Constituição coloca (constituída pelo casamento, configurada pela união estável e monoparental). E também que, nas discussões travadas na Assembleia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto.

Afirma que, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos. Afirma então que se está diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais. A diferença, embora sutil, residiria no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente em relação ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confundiria com aquela, que, por definição legal, abarcaria, exclusivamente, casais de gênero diverso.

Para conceituar-se juridicamente a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, seria necessário que se lançasse mão da integração analógica. Esclarece que não afirma o reconhecimento de uma "união estável homoafetiva", por interpretação extensiva do § 3o do art. 226, mas uma "união homoafetiva estável", mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar que precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a ocorrência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo.

O senhor Ministro Joaquim Barbosa questiona sobre a efetividade da Constituição, dissertando a respeito do descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Em sua visão, concordando com o jurista e pensador israelense Aaron Barak, o qual ele cita, as Cortes Supremas teriam então, o papel de fazer essa ponte, entre o mundo do Direito e a sociedade. Continuando sua argumentação ele indaga quanto à Constituição Federal o fato dela ser silente sobre essa matéria. Ele crê que o constituinte de 1988 não teve real intenção de colocar no limbo jurídico as escolhas afetivas feitas pelos casais homossexuais. Assim, ele considera que a Corte deve desempenhar a função de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário. Ele afirma que a Constituição Federal tem como fundamento a igualdade material ou substantiva, que é associada à ideia de Justiça distributiva e social, e com isso ela deve buscar extinguir o peso das desigualdades sociais e das fundadas no preconceito. Por fim, o Ministro crê que o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, § 3º da Constituição, e sim, encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais.

Como último votante, o Ministro Cezar Peluso não deixa de fazer considerações relevantes para o fechamento da decisão. Afirma que, o artigo 226, § 3º da Constituição, não exclui outras modalidades de entidade familiar, por não se tratar de *numerus clausus*. Outra problemática que ele enxerga na lei é que há uma lacuna normativa que tem a necessidade de ser preenchida pela aplicação da analogia, diante da similitude factual entre a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. Sendo que, há a precisão de que haja a aplicação, às relações homoafetivas das normas próprias do campo do Direito da Família, uma vez que, essas uniões não podem ser reconhecidas como sociedade de fato e submetidas às normas que regulam sociedades de ordem comercial ou econômica. Disserta ainda sobre a necessidade de que o Poder Legislativo exponha-se e regulamente as decisões em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Considerando que, a decisão tomada pelo STF opera por si, mas ainda não fecha as lacunas de legiferação do Congresso Nacional, devendo este, colaborar com a Corte para superar todas essas situações dramáticas do ponto de vista social, resultantes de uma discriminação injustificável.

5 Análise

Reconhece-se, na decisão da Suprema Corte, que a Constituição não empresta nenhum significado ortodoxo ao termo "família", e afirma-se que como não há vedação constitucional expressa às entidades familiares homoafetivas (argumento a contrario sensu), a proteção do Estado deveria abrangê-las. Apesar dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso entenderem a impossibilidade de se enquadrar a união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas, admitem que as uniões entre parceiros do mesmo sexo devem ser entendidas como uma forma de entidade familiar. Apesar da decisão unânime, os Ministros supracitados apresentaram argumentos diversos dos oferecidos pelos demais ministros. A principal divergência materializou-se na identificação pelos mencionados Ministros de uma lacuna normativa de caráter axiológico, a ser colmatada por meio do emprego da analogia. O Ministro Ayres Britto, assim como os que seguiram seu voto na íntegra, defende não haver lacuna, afirma uma interpretação que supere a literalidade, baseada nos apontamentos da Constituição, capaz de estabelecer a paridade de situações jurídicas (PEREIRA, 2012, p. 45-49).

Seja por lacuna axiológica, seja por interpretação extensiva, reconhece-se – através dos princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação de preconceito, do direito fundamental à liberdade, igualdade, respeito e intimidade – a necessidade de amparo jurídico as uniões homoafetivas, reconhece-se, a despeito da ausência de legislação específica, um dever de efetivação dos princípios constitucionais, o que desloca a tensão da esfera política para a esfera jurídica.

A decisão da Suprema Corte evidencia o reconhecimento da força normativa dos princípios e da sua irradiação por todo o ordenamento jurídico. É perceptível que em todos os votos analisados, há o emprego dos princípios constitucionais, buscando a concretização de um modelo político democrático. Os desafios do Neoconstitucionalismo incluem realizar a travessia entre a teoria e a prática, buscando promover a inclusão social, a Constituição deve garantir a proteção dos direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Assim, o Poder Judiciário tem em suas mãos a tarefa de estancar o poder das maiorias momentâneas, buscando assim realizar os anseios da sociedade, e principalmente, das minorias que estão encurraladas pela falta de representatividade e pela falta de vontade coletiva do Legislativo quanto à tutela jurídica das mesmas.

Através de uma "interpretação conforme a Constituição" estabelece-se, então, a interpretação adequada aos dispositivos legais questionados na ação, afastando as possibilidades interpretativas discriminatórias, incompatíveis com os princípios do ordenamento jurídico. Luis Roberto Barroso (2009, p. 373), afirma que o princípio da interpretação conforme a constituição decorre da confluência do princípio da supremacia da Constituição e da presunção de constitucionalidade, e também que "com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra de seu texto".

Afirma ainda que, no novo paradigma constitucional, se os efeitos pretendidos por determinado princípio constitucional não ocorrem – tenha a norma sido violada por ação ou omissão –, a eficácia positiva ou simétrica deve assegurar ao interessado a possibilidade de exigi-los diretamente, através de via judicial se necessário (BARROSO, 2009, p. 379). Fica assim evidente a relação entre o Neoconstitucionalismo e o aumento da judicialização da política e das relações sociais.

6 Entre o ativismo e a judicialização

De todo o exposto resulta uma dúvida: a decisão do STF caracteriza uma situação de judicialização (da política/relações sociais) ou de ativismo judicial? Faz-se necessário uma investigação um pouco mais profunda desses conceitos.

De acordo com Teixeira e Neves, o vasto catálogo de direitos fundamentais que passa a fazer parte dos textos constitucionais cria uma "agenda igualitária", que afeta, além das instituições públicas, as relações privadas, o que resulta na intervenção do Direito no reconhecimento de diversas condições no âmbito das relações privadas. Essa judicialização tem caráter contingencial, fruto de transformações na sociedade e no Direito que exigem uma resposta do Poder Judiciário (2014, p. 171). Pode-se perceber assim que as características atribuídas ao Neoconstitucionalismo compõem a conjuntura ideal para o aumento da judicialização.

> A judicialização da política na experiência brasileira não é, portanto, resultado de um mero protagonismo institucional por parte do Poder Judiciário, já que deriva também das necessidades oriundas da sociedade civil, que tem encontrado no direito um caminho para a representação de seus interesses. Verifica-se que a judicialização da política é um fenômeno não apenas jurídico, mas eminentemente político e social [...]. (NEVES; TEIXEIRA, 2014, p. 172)

Fica claro que a necessidade de atuação do STF no caso em questão resulta de uma demanda oriunda da sociedade associada às características específicas do nosso ordenamento, além de sua decisão ter grande importância política e social na luta pelo direito da comunidade LGBTT. Entretanto, para Neto e Mourão (2015, p. 231), a decisão do Supremo Tribunal Federal caracterizou uma situação de ativismo judicial, sendo que, pela interpretação sistemática e teleológica do art. 226, §3º da Constituição Federal, ou por encontrar na matéria lacuna normativa, houve uma atitude de deliberada expansão dos poderes do Poder Judiciário.

De acordo com Barroso (2010, p. 11), a ideia de ativismo judicial estaria associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. O ativismo seria uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Que, de acordo com o autor, normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O exposto corrobora com a afirmação de que a postura interpretativa do STF caracteriza uma postura ativista em uma situação de judicialização.

7 Conclusão

Podemos perceber a relação que se estabelece entre o novo paradigma constitucional e o aumento da judicialização. A centralidade da Constituição, que irradia seus princípios pelo ordenamento jurídico, cria um programa positivo de valores que deve ser realizado pelo Estado. Os direitos fundamentais nela consagrados estabelecem um ideal de boa vida que deve ser protegido e tutelado pelo poder público, seja através do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário.

Tal contexto, propício à judicialização, cria espaço para posturas ativistas dos aplicadores do direito, que se apoiam na força normativa da grande quantidade de princípios constitucionais na aplicação das normas.

O caso analisado mostrou como o Neoconstitucionalismo desloca a tensão da esfera política para a esfera jurídica. A omissão do legislativo sobre situações que devem ser tuteladas pelo Estado, acaba sendo suprida pelo poder Judiciário, que deve assegurar àqueles que não conseguem a atenção devida do Estado pela via tradicional da política o gozo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Referências bibliográficas

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção

plural de família. Revista de Direito GV, vol.9 n.1, São Paulo, Janeiro, 2013.

BALESTERO, Gabriela Soares. O direito à diversidade sexual no Brasil e os efeitos violentos do descaso do poder legislativo federal. Revista Espaço Acadêmico, v. 11, n. 123 (2011).

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2009.

. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, Vol. 12, n° 96, p. 5-43. fev/mai, 2010.

. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, p. 23-32. 2012

COSTA, Arthur de Oliveira Calaça. Direito à busca da felicidade: análise do princípio enunciado no julgamento da ADPF 132 à luz da teoria de Ronald Dworkin. Revista Caderno Virtual, vol. 2, n. 31, 2015.

LEIVA, José Ignacio Núñez. Constitución, Neoconstitucionaliso y Lacunas Jurídicas.

Estudios Constitucionales, ano 10, n. 2, p. 511 – 532, 2012.

MAIA, Antonio Carlos de Souza. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira; Alejandro Pérez Hualde... [et al] (coord). Neoconstitucionalismos. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NETO, Jerônimo Vieira de Sousa; MOURÃO, Pedro Franco. Judicialização política e ativismo judicial casos recentes e polêmicos no STF. In: Teorias da decisão e realismo jurídico, organização CONPEDI/UFS; Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch, Lorena de Melo Freitas (coord.). Florianópolis: CONPEDI, 2015

OLIVEIRA, Fábio de. Neoconstitucionalismo e Constituição Dirigente. In: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira; Alejandro Pérez Hualde... [et al] (coord). Neoconstitucionalismos. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PAES, Fabiana Dal'Mas Rocha. Liberdade Homoafetiva. Disponível em: < http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/94 faccce44b363413056194fad90471e bf.pdf>. Data de acesso: 8 de maio, 2016.

PEREIRA, Fábio de Queiroz. Uniões homoafetivas: Uma análise dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.277/DF. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 49 n. 195, p. 41-51, jul/set, 2012.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismos: Un Catálogo de Problemas y Argumentos. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Norteamérica, 44, dic. 2010. Disponível em: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/516>. Data de acesso:

19 abr. 2016.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do Neo-constitucionalismo nos fenômenos do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política no Brasil. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 169-185, abr. 2014

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Lua Nova, São Paulo, n. 67, p. 139-190, 2006.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ACESSIBILIDADE URBANA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU COM MOBILIDADE REDUZIDA

*Eliane Fátima Ferreira Baldissera**

O presente estudo possui como tema os direitos fundamentais das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, vinculados à acessibilidade urbana e o direito à cidade. Justifica-se a pesquisa pelo fato de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante a todos o direito de viver com dignidade e, para garantir a isonomia das garantias constitucionais com igualdade e respeito à dignidade da pessoa humana, é necessária a criação de condições para à inclusão social, sem exceção. Apresenta-se como problema de pesquisa a necessidade de esclarecer até que ponto as determinações constitucionais e a regulamentação trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) garantem o direito à cidade para as pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, abordando-se os dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro referentes à acessibilidade. Objetiva-se, portanto, esclarecer que o direito à cidade é considerado na atualidade como um novo direito fundamental, sendo a acessibilidade um direito instrumental para a efetiva garantia dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. O método utilizado será o dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfico-explicativa, com uma abordagem qualitativa para o seu desenvolvimento.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Acessibilidade. Inclusão.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. Tradução: Rogério Luiz Nery da Silva. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier et SILVA, Rogério Luiz Nery da. Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Em comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015.

ARAUJO, L. A. D., MAIA, M. A Cidade, o dever constitucional de inclusão social e a acessibilidade. Direito da Cidade, Rio de Janeiro (RJ), vol. 08, n. 1., ISSN 2317-7721, p. 225-243, 09 jun. 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/19901/15649>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

* Economista, acadêmica do curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

Casa Civil: Brasília (DF), 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Decreto n. 5.296, de 02 de dezembro de 2004. Casa Civil: Brasília (DF), 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Casa Civil: Brasília (DF), 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 12, de 17 de outubro de 1978. Assegura aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica. Casa Civil: Brasília (DF), 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc12-78.htm>. Acesso em 10 dez. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.742, de 07 e dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Casa Civil: Brasília (DF), 2015. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/l13146.htm>. Acesso em 09 dez. 2016.

FEIJÓ, A. R. A. O direito constitucional da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. São Luís (MA), 2009. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32588-39795-1-PB.pdf>. Acesso em 08 dez. 2016.

FORNASIER, M de O.; LEITE, F. P. A. Direitos fundamentais à acessibilidade e à mobilidade urbana das pessoas com deficiência: uma abordagem sistêmico-autopoiética.Direito da Cidade, Rio de Janeiro (RJ), vol. 08, n. 3., ISSN 2317-772, p. 908-933, 09 jun. 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22432>. Acesso em: 12 dez. 2016.

GUERREIRO, E.M.B.R. A acessibilidade e a educação:um direito constitucional como base para um direito social da pessoa com deficiência.Rev. Educ. Espec. Santa Maria, v. 25, n. 43, p. 217-232, maio/ago. 2012. Disponível em: <http://ufsm.br/revistaeducacaoespecial>. Acesso em: 09 dez. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. 2006a. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Nova Iorque, 13 dez.2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes.Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, 09 dez 1975. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em 09 dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. São Paulo: Prodef, 1997.

SERPA, A.B.B. Acessibilidade para pessoas com deficiência e inclusão social no turismo: a experiência da cidade de Socorro – SP. 2009. 111 p. Dissertação (Mestre em Turismo), Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/19088/1/12009_AnaBeatrizBorgesSerpa.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

SIQUEIRA, D.P., PICCIRILLO, M. B. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. 2012.Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-fundamentais-evolução-histórica-dos-direitos-humanos-um-longo-caminho>. Acesso em 09 dez. 2016.

RESUMO CRÍTICO: OS CAPÍTULOS XV-XVII D'*O PRÍNCIPE* DE MAQUIAVEL

*Yasmin Schiess Miranda**

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Trad. Maurício Santana Dias. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. Original publicado em 1532.

Este trabalho pretende elaborar um breve resumo crítico dos capítulos XV, XVI e XVII do livro *O Príncipe* – um clássico para as disciplinas de Ciência Política e Teoria do Estado nos cursos de Direito –, que objetiva, através de uma perspectiva pragmática e realista, ensinar a um governante não somente como alcançar o poder, mas, principalmente, como manter-se nele. A obra, escrita entre 1512 e 1513 (SADEK, 2005) pelo poeta, político e historiador florentino Nicolau Maquiavel, pode ser dividida em dois grandes momentos: o primeiro abrange os doze primeiros capítulos e aborda, em termos gerais, a organização do Estado; o segundo, por sua vez, tem o foco direcionado à figura do príncipe e aos seus atributos. Os capítulos selecionados para o presente estudo integram a parte inicial do segundo momento e evidenciam algumas das mais aclamadas ideias do autor.

No capítulo XV, Maquiavel examina as formas de atuação de um governante, e afasta sua análise das concepções comportamentais moralmente idealizadas que permearam, nas obras de filósofos como Platão, Aristóteles e Santo Agostinho, o pensamento político antigo; nas palavras de Anthony Grafton[1], o autor florentino "teve a audácia de declarar que trataria a política tal como ela realmente era" (2016, p. 32). Por consequência, para Maquiavel, o soberano que deseja ser virtuoso estará sujeito a padecer em meio à maldade alheia; por isso, a fim de se manter no poder, ao príncipe se faz necessário agir de acordo com a situação apresentada, abandonando a bondade se assim for oportuno. Na concepção "maquiavélica", todos os soberanos têm uma reputação digna de admiração ou desaprovação, e, por isso, seria vantajoso se o príncipe possuísse a totalidade das virtudes listadas no capítulo (piedade, fidelidade, integridade etc.); entretanto, não sendo humanamente possível conservar tantas qualidades, cabe a ele fugir daquelas falhas de caráter que certamente o fariam perder o poder. Deste modo, no desfecho do capítulo, afirma-se: "caso o príncipe siga o que lhe parecer uma virtude, causará a própria ruína, mas, se seguir o que lhe parecer um vício, terá maior segurança e bem-estar" (MAQUIAVEL, 2016, p. 98).

Parece-nos interessante a aparente contradição do autor em sua conclusão. Afinal, ele comenta, conforme exposto acima, que a condição humana, por si mesma, é um impeditivo para a aquisição de todas as virtudes benéficas ao governante. Sendo assim, é preciso ao menos não incorrer em vícios que podem ser evitados. Como, então, um príncipe terá mais segurança e bem-estar se seguir tudo o que

* Bacharel em Língua Latina com ênfase em Estudos Literários pela Universidade Federal de Minas Gerais e acadêmica do 1º período de Direito no Centro Universitário UNA de Belo Horizonte.

[1] Historiador estadunidense e professor de História e Humanidades na Universidade de Princeton.

lhe aparenta ser um vício? Ademais, ao negar a concepção idealizada de conduta governamental defendida por seus predecessores, Maquiavel se esquece de que, frequentemente, é apenas por meio da idealização da virtude que transformações positivas se tornam factíveis. Tentar moralizar um sistema perverso é tarefa árdua quando as obras que deveriam ser uma acusação de suas infâmias acabam por se tornar um manual de como realizá-las. Assim, ainda que a intenção inicial d'*O Príncipe* possa ter sido efetivar uma denúncia velada contra monarcas despóticos a partir da exposição de seus comportamentos, como mais tarde interpretaria Jean--Jacques Rousseau[1], é indiscutível que a obra terminou por se consolidar como o oposto: uma ferramenta de defesa e manutenção de um arranjo estatal excessivamente permissivo com a falta de ética.

No capítulo XVI, por sua vez, o florentino reflete que é conveniente ao príncipe ser tido como liberal. Contudo, não a ponto de se ganhar essa fama – pois, para mantê-la, os recursos de seu governo eventualmente se tornarão escassos e, consequentemente, haverá imposição de altos tributos aos súditos, o que poderia levar ao ódio generalizado. A pecha de miserável, portanto, não deve ser temida, já que terminará sendo admirada pelo povo quando este perceber que o príncipe sabe administrar seus recursos com prudência.

Neste mesmo capítulo, observamos que Maquiavel parece fazer uma crítica implícita a Aristóteles e à sua teoria da "justa medida" da virtude[3] ao afirmar: "[...] a liberalidade causará transtornos ao príncipe; isso porque se empregada de maneira virtuosa e na medida certa, ela não será reconhecida como tal [...]" (MAQUIAVEL, 2016, p. 99). Porém, ao defender a parcimônia, o florentino censura o excesso de gastos; como percebemos, ser "miserável", no contexto do livro, não é propriamente um vício – é, na verdade, adotar uma postura que reside exatamente no meio-termo aristotélico[4]. Além disso, concordamos com a noção de que a liberalidade, quando demasiada, pode ser, eventualmente, prejudicial. É o que vemos no atual âmbito sociopolítico do nosso país: após um período de efervescência em reformas educacionais e sociais, o advento de uma crise econômica tornou agitados os ânimos de uma população acostumada com alguns benefícios que, em face da dificuldade financeira generalizada, terminaram sem verba – o encerramento do "Ciências sem Fronteiras" para alunos do nível de graduação (BRASIL, 2017) é um exemplo disso.

Já no capítulo XVII, o autor julga que o príncipe deve ser piedoso e não cruel; não obstante, deve-se atentar para não usar incorretamente a piedade. Não há de se temer a fama de cruel para manter o povo unido, já que os atos cruéis isolados e calculados são melhores do que atos de piedade que levam à desordem e ao assassínio generalizado, pois enquanto os primeiros afetam pouquíssimas pessoas, os últimos atingem a maioria. O ideal a todo príncipe é ser amado e temido, mas,

---

2 Em sua obra Do Contrato Social, originalmente publicada em 1762, o filósofo, autor e compositor genovês afirma sobre Maquiavel: "Fingindo dar lições aos reis, ele as deu, e grandes, aos povos. O príncipe de Maquiavel é o livro dos republicanos [...] Maquiavel era um homem de bem e um bom cidadão. Mas, ligado à casa de Médici, era forçado, numa época de opressão da sua pátria, a disfarçar seu amor pela liberdade." (ROUSSEAU, 2016, p. 127).

3 "Está, pois, suficientemente esclarecido que a virtude moral é um meio-termo, e em que sentido devemos entender esta expressão; e que é um meio-termo entre dois vícios, um dos quais envolve excesso e o outro deficiência, e isso porque a sua natureza é visar à mediania nas paixões e nos atos." (ARISTÓTELES, Ética a Nicômaco, II. 9, p. 77).

4 O próprio Aristóteles, ainda que inverta a nomenclatura proposta por Maquiavel (este chama de avaro o homem prudente no gastar, enquanto aquele o nomeia liberal), exemplifica a partir da liberalidade a noção de virtude que reside no meio-termo: "No que se refere a dar e receber dinheiro o meio-termo é a liberdade;

sendo difícil reunir os dois, faz-se necessário optar por ser temido. Maquiavel, contudo, acredita que se deve inspirar o temor sem atrair o ódio, não cobiçando nem os bens e nem as mulheres de seus súditos, não matando e nem torturando sem uma justificativa manifesta. Se for preciso escolher entre matar ou rapinar, que o príncipe fique longe do último, pois, para o autor, os homens esquecem com mais facilidade a morte de um parente do que a perda de um patrimônio.

Questionamo-nos se as pessoas realmente são mais tolerantes com a morte de um pai do que com a desapropriação de uma terra e nos perguntamos se esse ponto de vista de Maquiavel não seria demasiado generalista. Por outro lado, inclinamo-nos a concordar com a perspectiva de cunho quase utilitarista desenvolvida no capítulo; de fato, manter a ordem por meio de resoluções mais enfáticas[5], mas menos populares, em um momento de substancial necessidade, para que não se dê mal ainda mais gravoso, figura-nos atitude mais prudente. Acreditamos haver, neste raciocínio, com a tentativa de pesar o bom e o ruim, ecos de uma preocupação com a moralidade, com a justiça e com o bem-estar geral, ainda que disfarçados por meio de um objetivismo pragmático, qualidade característica do autor.

Por fim, a despeito das ponderações tecidas acima, é fundamental salientar que "[...] Maquiavel nos mostra que os valores morais não são absolutos e que o valor da ação política deve ser definido não só com base nas intenções do agente, mas também e, sobretudo, com fundamento no contexto em que ela é realizada" (LAURENTIIS; SILVA, 2011, p. 299). Afinal, ao demonstrar que a política, em seu campo de ação, como uma ciência condicionada à subjetividade humana, exige, com alguma frequência, que preconcepções morais e idealizações axiológicas sejam repensadas de forma a sempre favorecer as escolhas e condutas mais cabíveis diante das adversidades, o autor florentino legou uma contribuição indelével na história do pensamento político ocidental.

Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

BRASIL. Ministério da Educação. MEC afirma que o Ciência sem Fronteiras terá 5 mil bolsistas na pós-graduação. 02 abr. 2017. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/busca-geral/212-noticias/educacao-superior-1690610854/46981-mec--afirma-que-o-ciencia-sem-fronteiras-tera-5-mil-bolsistas-na-pos-graduacao>. Acesso em: 29 maio 2017.

GRAFTON, Antony. Introdução. In.: MAQUIAVEL, N. O Príncipe. Trad. Maurício San-

---

o excesso e a deficiência, respectivamente, prodigalidade e avareza. Nesta espécie de ações as pessoas excedem e são deficientes de maneiras opostas: o pródigo excede no gastar e é deficiente no receber, enquanto o avaro excede no receber e é deficiente no gastar." (ARISTÓTELES, Ética a Nicômaco, II. 7, p. 74).

5 Ressaltamos que é vital, contudo, atualizar o exemplo d'O Príncipe para a perspectiva política contemporânea: falamos, aqui, de resoluções presentes no dia-a-dia do Poder Executivo, ou seja, decisões que simplesmente contrabalanceiam dicotomias administrativas como a possibilidade e a disponibilidade de recursos, e que, acima de tudo, não ferem os princípios regentes de nosso Estado Democrático de Direito.

tana Dias. São Paulo: Editora Schwartz, 2016. pp. 23-41.

LAURENTIIS, Lucas Catib De; SILVA, Roberto Baptista Dias da. Nicolau Maquiavel: realismo e humanismo na teoria política. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 102, pp. 291-303, jan./jun. 2011.

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Trad. Maurício Santana Dias. São Paulo: Editora Schwartz, 2016. Original publicado em 1532.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Tradução de Eduardo Brandão. Introdução de Maurice Cranston. São Paulo: Editora Schwartz, 2016. Original publicado em 1762.

SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual de virtù. In.: WEFFORT, (org.). Os Clássicos da Política. São Paulo: Editora Ática, 2005. pp. 11-24. v.1.

RESENHA DO LIVRO HISTÓRIAS DE VIDA – VOLUME II

*Felipe Vilson Serino**

AXT,Gunther (org). Histórias de Vida v. 2. Florianópolis: PGJ. CEAF, 2013.

Resenha:

A obra, elaborada pelo Memorial do Ministério Público de Santa Catarina, através do "Programa de História Oral", e organizada pelo Historiador Gunter Axt[1], é o segundo livro da série *Histórias de Vida* no qual foram coletados quinze depoimentos de membros que ingressaram no Ministério Público de Santa Catarina entre os anos 1950 e princípios dos anos 1970 e que, por meio de vivências diárias e uma vida de trabalho ajudaram a edificar a Instituição conhecida hoje.

As mais de 26 horas de gravação em áudio, transcritas para esta obra, com ex-Promotores e Procuradores de Justiça do Estado oferecem memórias pessoais que mostram as grandes transformações pelas quais passaram o Ministério Público catarinense. Este acervo de vivências, além de preservar a história Institucional do Ministério Público de Santa Catarina, promove ainda um debate em torno da identidade da Instituição. A obra conta com a apresentação do então Procurador-Geral de Justiça Lio Marcos Marin; Palavra da Coordenação do Memorial da Promotora de Justiça Helen Crystine Corrêa Sanches e Introdução do Historiador Gunter Axt.

O Programa de História Oral do Memorial do Ministério Público de Santa Catarina, por meio das entrevistas coletadas com membros inativos da Instituição, constitui um banco de história oral vultoso para futuras pesquisas e para a consolidação do Memorial. Com o objetivo de preservar e acessar a história da Instituição pela versão de indivíduos que ajudaram a construí-la, esta obra também é uma maneira de transmitir o sentido social da Instituição aqui observada, dialogando com a comunidade que a cerca – valorizando de forma singular o Patrimônio Histórico Cultural e preservando a memória Institucional. As memórias das gerações que compuseram o Ministério Público catarinense, registradas nesta obra, corroboram para que estas memórias alcancem as gerações que no futuro constituirão a Instituição. Ademais, as experiências aqui descritas compõem um rico quadro de histórias das mais diversas regiões do Estado de Santa Catarina, registrando o cotidiano das suas respectivas comarcas.

Na introdução, o organizador expõe que o interesse dos Historiadores com a história oral é adquirir diferentes percepções e representações do passado – não frases de efeitos ou informações bombásticas –, interessando-se, mormente, pela memória, lembranças e afetos dos entrevistados. É nessa esteira que o Programa de História Oral do Memorial do Ministério Público de Santa Catarina, por meio dessa coleção de histórias pessoais, procura "visualizar o mosaico colorido que o tecido

---

* Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

[1] Doutor em História Social pela USP (2001), pós-doutor pelo CPDOC/FGV, pesquisador colaborador do Diversitas/USP e consultor no Ministério Público de Santa Catarina.

social engendra" (AXT, 2013, p.15). Destaca-se ainda o excessivo rigor técnico que o Historiador necessita para tal atividade.

Assim como no primeiro livro desta série, sublinha-se a precária infraestrutura nas comarcas do Estado, bem como as más condições de trabalho e a ausência de moradias dignas para os Promotores. Ressalta-se ainda, a dificuldade de deslocamento por conta da péssima condição da malha viária do Estado, a difícil comunicação com a capital, esta sendo possível apenas através do rádio de polícia ou telegramas e, ainda, as remoções e promoções feitas por intermédio de vínculos políticos. Os baixos salários eram complementados com a advocacia privada ou com o magistério básico, secundário ou superior. Evidencia-se ainda as melhores condições para o exercício da profissão nos dias atuais, resultado, sobretudo, das conquistas adquiridas pelo Ministério Público a partir da década de 1980.

Embora o Ministério Público venha tendo sua forma desenhada há séculos, foi a partir da década de 1980 que a Instituição começou a ganhar suas atribuições atuais. Conquistas e avanços como autonomia administrativa e financeira, bem como plano de carreira próprio, fizeram parte desse período importantíssimo para a consolidação da Instituição. Ademais, criou-se, ainda, a Corregedoria, o Conselho Superior e o Colégio de Procuradores. Por meio, sobretudo, das atribuições estabelecidas pela Constituição de 1988 estes direitos foram ampliados. Destarte, o Ministério Público ganhou autonomia com relação às outras instancias de poder. Além disso, tornou-se um guardião da cidadania, defendendo o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Os quinze Procuradores e Promotores entrevistados iniciaram sua trajetória no Ministério Público de Santa Catarina entre 1953 e 1972 e apenas um não se formou em Florianópolis, o que mostra a importância da faculdade de direito da capital – escusado dizer o regionalismo da Instituição. Devido às poucas opções de cursos oferecidos em Florianópolis, muitos dos entrevistados mostraram optar pelo direito não por vocação, mas sim como um modo de ascensão econômica. Os entrevistados são unânimes em relatar os sacrifícios inerentes ao exercício da profissão, sobretudo no interior do Estado, onde a carência de infraestrutura era recorrente. Na obra, as entrevistas estão organizadas na ordem a seguir:

Ruy Olympio de Oliveira foi Promotor nas comarcas de Orleans, Concórdia, Videira, São Joaquim, Campos Novos, Indaial, Porto União, Lages e Rio do Sul. Foi Corregedor-Geral do Ministério Público de Santa Catarina no período entre 1972 e 1976. Relata que os Promotores podiam sofrer ameaças da parte de políticos locais, o que denota o contexto da política oligárquica no qual estava inserido à época. Destaca, também, que por conta da forte colonização alemã no interior, as audiências precisavam ser feitas, muitas vezes, em alemão, pois nem todos dominavam o português. Ruy sublinha que como promotor não sentiu os impactos dos acontecimentos políticos de 1964 e 1968, a despeito de, segundo ele, identificar-se "ideologicamente com a revolução de 1964". O depoente veio para Florianópolis como Procurador, nomeado por antiguidade, onde foi o responsável pela instalação da Corregedoria-Geral.

Walmor Cardoso da Silva foi Promotor nas comarcas de Ituporanga, Biguaçu, São José, Porto União, Joaçaba, Criciúma e Florianópolis. Foi promovido a Procurador do Estado em 1979. O entrevistado relata que nas comarcas do litoral do Estado eram recorrentes ações de usucapião, conta que "certa vez, uma empresa do Rio de Janeiro requereu usucapião de uma área de um milhão de metros quadrados, nas dunas da Lagoa...". O depoente explica, também, suas funções quando exerceu o cargo de secretário do Procurador-Geral do Ministério Público – cargo hoje extinto.

Pedro Paulo Zappelini Schiefler foi Promotor nas comarcas de Braço do Norte, Laguna, Porto União e Tubarão, foi promovido a Procurador de Justiça em 1990. Em Laguna, conta o entrevistado, um colega foi preso pelas lideranças militares da região – pós 1964 –, acusado de ser de esquerda e que, posteriormente arrependeu-se de não tê-lo ajudado. Na comarca de Laguna, destaca a presença da corrente espírita kardecista e da Maçonaria, influindo, de certa maneira nos júris.

Valdemiro Borini foi Promotor nas comarcas de Urussanga, Palhoça, Criciúma e Florianópolis, foi promovido a Procurador de Justiça em 1980. Conta que em 1958 foi convidado para assumir a Delegacia Regional de Polícia de Rio do Sul, conta, ainda, que o salário de Delegado na época era maior do que o de Promotor. Posteriormente, quando Promotor na comarca de Urussanga, se engajou na melhoria da cidade da qual diz ser a melhor comarca que atuou. Destaca o rumoroso caso da prisão e condenação do cantor Gilberto Gil em Florianópolis em 1976, mencionando sua repercussão nacional. Além disso, recorda o caso da mulher sem cabeça, que abalou a Capital em 1974.

Walberto Schmidt foi Promotor nas comarcas de Ibirama, Dionísio Cerqueira, Urussanga, Criciúma, Tubarão, Campos Novos, Araranguá e Joaçaba. Foi promovido Procurador de Justiça em 1971. Sublinha o grande respeito que descendentes de alemães tinham pelo Promotor, destaca, ainda, que os descendentes de Italianos eram muito mais emotivos nos júris e tendiam a concordar com a última fala. Em Criciúma, o entrevistado nota a grande quantidade de ações de acidentes de trabalho. Em 1979, ressalta o depoente, ficou à disposição do Ministério de Minas e Energia, administrando uma empresa do sistema Petrobrás, em Imbituba.

Arno Schmidt foi Promotor nas comarcas de Braço do Norte, Urubici, Campos Novos e Laguna, foi ainda Procurador Geral de Justiça e Corregedor Geral do Ministério Público. Relata as dificuldades em ser Promotor na sua terra natal (Braço do Norte), precisando, às vezes, denunciar conhecidos. Ressalta, ainda, a grande dificuldade de comunicação com a Procuradoria-Geral, destacando que os meios de comunicação eram praticamente inexistentes. Na comarca de Campos Novos, nota a alta incidência de criminalidade, necessitando andar sempre armado.

Nuno de Campos foi Promotor nas comarcas de Tangará, Orleans, Xanxerê, Tijucas e Florianópolis, foi promovido a Procurador de Justiça em 1984. Ressalta sua atuação na composição do código de menores de 1980. Destaca, ainda, sua atuação em acordos e conciliações principalmente na vara de menores. Nota, em seu depoimento, um caso interessante no interior de Tangará em 1960, quando ainda não havia a lei do divórcio. No entanto, apareceu na comarca um caso de desquite litigioso, no qual o Juiz aceitou o parecer como casamento inexistente e, seguindo o bom-senso, foi feito o primeiro divórcio do Brasil. Durante o período militar, o entrevistado destaca que o marido da prima de sua esposa foi preso na "Operação Barriga Verde" e que aventou visitá-lo na prisão mesmo sendo reprimido.

Darci Manoel Gonçalves foi Promotor nas comarcas de Tangará, Guaramirim, Turvo, Campos Novos e Rio do Sul, foi promovido a Procurador de justiça em 1988. Conta que remoções ou promoções, à época, envolviam, muitas vezes, alinhamento político. Sublinha seu envolvimento com o Rotary Club e a sua importância como espaço de confraternização na época. Já em Florianópolis, Darci atuou na Vara da Fazenda. Destaca, ainda, a boa relação da gestão Piazza com o Governador Pedro Ivo, e ressalta a forte oposição sofrida pelo então Procurador-Geral Hipólito Piazza.

Valdir Vieira foi Promotor nas comarcas de Bom Retiro, Pomerode, Urussanga, Taió, Dionísio Cerqueira, São Joaquim e Joinville, foi, ainda, promovido a Procurador de Justiça em 1989. Valdir conta que havia poucos processos nas comarcas de Bom Retiro e Pomerode, já em Urussanga, destaca sua intensa participação na área acidentária. Em 1971, Valdir assumiu a Secretaria-Geral do Ministério Público, permanecendo nesta função até o fim do mandato do Governador Colombo Salles. Nota a intensa participação na organização de concursos nessa época. Destaca, ainda, a grande dependência ao Executivo ou ao Judiciário na época e a pouca infraestrutura das comarcas pelas quais passou. Ressalta-se ainda, o evidente crescimento de problemas com drogas, principalmente a partir da década de 1980.

João Guedes da Fonseca Neto foi Promotor nas comarcas de Turvo, Bom Retiro, Braço do Norte, Araranguá, Tijucas e Rio do Sul. Ressalta que Turvo, assim como todas as comarcas do sul eram difíceis e violentas, conta, ainda, o caso do "doutorzinho" um trambiqueiro que cometia fraudes e furtos sendo morto por militares posteriormente. Sublinha que na época os Promotores eram tratados como subordinados dos Magistrados, o que ocasionava, de certa maneira, incômodos e desassossegos. Já na comarca de Araranguá, registra que os incêndios criminosos eram frequentes e que a população não tinha o hábito de pagar os impostos. João ainda relata a demasiada e brutal violência utilizada pelos policiais com os detentos, o que, segundo ele, o incomodava muito.

Vivaldo Domingos Bento foi Promotor nas comarcas de Imaruí, Imbituba, Braço do Norte, Videira, Araranguá e Concórdia. Ressalta a forte influência de famílias importantes na época, onde percebia certa pressão no júri. Destaca ainda a rivalidade entre PSD e UDN entre famílias tradicionais da cidade de Imaruí. Sublinha, ainda, que foi o primeiro Promotor das cidades de Imaruí e Imbituba, nas quais, segundo ele, existia pouca criminalidade, destaca que esta foi potencializada pela chegada das drogas.

André Mello Filho foi Promotor nas comarcas de Orleans, Tubarão, São João Batista, Orleans, Videira, Chapecó, Blumenau e Florianópolis, foi promovido a Procurador de Justiça em 1983. Conta a dificuldade, naquela época, em condenar um homem que tivesse matado sua mulher em defesa da suposta honra ofendida, sobretudo no oeste do Estado, no qual eram mais comuns os homicídios. Destaca ainda que o Promotor atuava muito mais na área da família, funcionando como uma espécie de conciliador. O entrevistado sublinha que as condições de trabalho naquela época eram "as mínimas possíveis", vivendo os Promotores, muitas vezes, de favores. Relata, por fim, que o Ministério Público de hoje deve muito àquela geração da qual fez parte, por conta das lutas que foram então travadas.

Luiz Fernando Sirydakis foi Promotor nas comarcas de Laguna, Pomerode, Braço do Norte, Concórdia, Joaçaba, Chapecó e Florianópolis, foi promovido a Procurador de Justiça em 1991. Para o entrevistado, a violência a partir da década 1970 aumentou não apenas por conta da questão das drogas, mas também por conta do crescimento populacional e diminuição da qualidade da educação. Nota que o tamanho da comarca pode influenciar na decisão do júri, pois redes de amizades podem influenciar nas decisões. Conta, ainda, que se recusou a assinar um abaixo assinado contra o então Procurador-Geral Hipólito Piazza, o que, segundo ele, o prejudicou posteriormente na carreira.

Paulo Armando Ribeiro foi Promotor nas comarcas de Araranguá, Ponte Serrada, Mondaí, Dionísio Cerqueira, São Miguel do Oeste, Ibirama, Biguaçu, Palhoça, Brusque, Araranguá e Joaçaba, foi promovido a Procurador de Justiça em

1989. Em Florianópolis atuou na 1ª e 4ª Vara Criminal, bem como na 1ª Vara Cível; também coordenou o DECOM (que mais tarde evoluiu para o PROCON). Na entrevista, destaca como era pobre, em termos financeiros, o Ministério Público na época, afirmando, inclusive, que as dificuldades financeiras permaneceram por cerca de vinte anos, ressaltando como houve um aumento dos serviços prestados pelo órgão na atualidade. Sublinha a importância do contato que o promotor tem com a população no local em que exerce sua atividade.

Roque Silva Machado foi Promotor nas comarcas de São José, Pinhalzinho, São João Batista, Palmitos, Biguaçu, Mondaí, Xanxerê, São Miguel do Oeste, Lages e Joinville. O entrevistado atuou como secretário na Procuradoria-Geral, função na qual tinha como principais atribuições prestar assessoria para o Procurador-Geral e atender às reivindicações dos membros do Ministério Público. Destaca também sua atuação com os processos, inicialmente na Área Cível, depois na área administrativa e nos mandados de segurança. Por fim, sublinha a grande revolução pela qual passou o Ministério Público, tanto pelo aumento de funcionários/membros quanto pelas atribuições ministeriais.

As narrativas adquiridas na presente obra compreendem as mais diferentes representações do passado, contadas através dos mais diversos prismas por aqueles que vivenciaram a Instituição de outrora. É nessa esteira que os relatos dos entrevistados nessa obra são analisados, ensejando, dessa forma, através da história oral, – comumente utilizada para a produção do conhecimento histórico –, a narrativa da história da Instituição.

A leitura da obra *Histórias de Vida – Volume II* iniciativa do Memorial do Ministério Público de Santa Catarina ostenta os mais diversos depoimentos sobre a Instituição, coletados no âmbito do Programa de História Oral. Compondo um rico acervo de vivências capaz de mostrar, por meio de um enfoque pessoal, os afetos, experiências e os saberes dos membros que compuseram o Ministério Público catarinense. A obra, além de aproximar o leitor da Instituição, aborda aspectos da história do Estado de Santa Catarina. É uma leitura agradável e excitante para quem se interessa pela história das mais diversas regiões do Estado e pelas transformações pelas quais passaram Ministério Público catarinense em meados do século XX.

RESENHA DO LIVRO CULPA E RISCO

*Milena Barbi**

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998 (RT Clássicos).

A obra Culpa e Risco, de Alvino Lima, trata de aspectos teóricos e da aplicação prática da responsabilidade extracontratual. Para tanto, o autor traça inicialmente um panorama da responsabilidade extracontratual subjetiva, ressaltando hipóteses de extensão do conceito de culpa, o que delineia sutilmente a intenção do autor de, no momento que passa a tratar da responsabilidade extracontratual objetiva, destacar a importância da sua aplicação paralela nas situações anteriormente destacadas, que esbarram, em alguma medida, com dificuldades na aplicação do conceito de culpa apresentado pela teoria clássica da responsabilidade extracontratual com culpa.

Já na introdução, o autor expõe o histórico da responsabilidade civil, a importância da temática e a evolução do seu conceito. Em um primeiro momento, o autor desenvolve o tema da necessidade de renovação dos conceitos e regulamentação das modalidades de relações obrigacionais. Avulta-se, nesse cenário, conforme o autor, a evolução da responsabilidade civil extracontratual. A seguir, destaca pontos de justificativa para a questão da evolução, quais sejam, o desenvolvimento de novas tecnologias, além de fatores econômicos, sociais, políticos e influências de ordem moral.

Na sequência, o autor inicia uma descrição da evolução histórica da responsabilidade civil aquiliana, partindo do Direito Romano. Ressalta, inicialmente, a instituição da vingança privada como forma de resolução primitiva, espontânea e natural contra o mal sofrido, passando ao domínio jurídico, sendo legalizada e regulada. A partir de então, passa-se à composição voluntária, a critério da vítima, em substituição à vingança privada, ao que se segue a vingança tarifada, que fixa o valor da pena do ofensor. Finalmente, a vingança privada encontra substituto na composição obrigatória.

A partir de então, o autor discorre acerca do surgimento da lei Aquília, base para a construção da estrutura jurídica da responsabilidade extracontratual pelo Direito Romano e a partir da qual se verifica a evolução do instituto da responsabilidade extracontratual com a introdução do elemento subjetivo da culpa, passando do objetivo de penalização para o de reparação pelo dano sofrido. Nesse contexto, os fundamentos da responsabilidade aquiliana serviram de referência para o Código Civil francês, cuja influência, destaca o autor, constitui o padrão das legislações modernas.

Não obstante, aponta o autor, a evolução da complexidade social e o surgimento de novas situações levaram a jurisprudência a ampliar o conceito da culpa e acolher as conclusões das novas tendências doutrinárias. Na esteira do panorama apresentado na introdução, no primeiro capítulo o autor discorre acerca da responsabilidade extracontratual sob o fundamento da culpa. Para tanto, faz primeiramente uma longa digressão com o fito de conceituar a culpa.

---

* Acadêmica da sétima fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Entendida a culpa como fundamento da teoria clássica da responsabilidade extracontratual, o autor se propõe, inicialmente, a analisar as definições dos doutrinadores que confundem a culpa com o nexo de causalidade ou com o próprio dano. Após, discorre sobre a culpa como elemento do ato ilícito. Considerando o exposto, o autor procede à definição de culpa, qual seja, "um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato" (LIMA, 1998, p. 69).

Verificado o conceito de culpa, o autor propõe-se a analisar a ampliação da concepção de culpa operada a partir das necessidades sociais, cujas situações passaram a não se conformar mais na noção restrita de culpa como omissão de diligência imputável moralmente.

O primeiro dos processos técnicos de extensão do conceito de culpa apresentados pelo autor é o das presunções de culpa. Nessa hipótese, ocorre a inversão do ônus da prova, criando-se uma posição privilegiada para a vítima. Na sequência, o autor trata da teoria da culpa na guarda das coisas inanimadas. Nessa conjuntura, não importa indagar se houve imperícia ou negligência do guarda na perda da direção da coisa sob sua guarda, pois o dano causado pela coisa demonstra a perda do controle do guarda, verificando-se, dessa forma, a violação da obrigação legal de guarda da coisa. O terceiro dos processos técnicos apresentados diz respeito à aplicação da teoria da culpa anterior. Considerando a priori que os danos causados pelos alienados, em face da teoria clássica da culpa, não devem ser reparados, por faltar-lhes a imputabilidade moral, a teoria da culpa anterior ou preexistente orienta-se no sentido de imputar responsabilidade buscando nos fatos anteriores culposos a causa da alienação mental. A seguir, apresenta-se um panorama geral acerca da teoria da culpa desconhecida. Aqui, defende o autor que, por tratar-se de responsabilização por uma culpa provável ou desconhecida, estamos diante do domínio da responsabilidade pelo risco criado, uma vez que a responsabilidade resultaria exclusivamente do próprio fato. Outra teoria da culpa apresentada pelo autor é aquela aplicável na responsabilidade entre vizinhos, acerca da qual argumenta a favor da importância da aplicação de uma responsabilidade excepcional, decorrente das questões suscitadas nas relações de vizinhança. Ademais, introduz a teoria da culpa coletiva, situação na qual é questionado se o fato exclusivo de tomar parte na atividade perigosa é suficiente para fixar a responsabilidade de cada um ou se é necessário que os autores presumidos tenham efetivamente cometido fatos da mesma natureza do ato prejudicial.

Da análise detalhada dos processos técnicos de extensão do conceito de culpa decorre a constatação de que o movimento como um todo se acentua no sentido de se objetivar a noção de culpa.

O segundo capítulo, por seu turno, propõe-se a desenvolver a problemática da responsabilidade extracontratual sem culpa. Considerando que a responsabilidade fundada na culpa passou a demonstrar-se insuficiente para resolver novos casos que a civilização moderna criou ou agravou, tornou-se imperativo afastar-se do elemento moral para colocar a questão sob a ótica exclusiva da reparação do dano.

Nesse contexto, distinguem-se duas correntes de novas teorias: uma que baseia a responsabilidade extracontratual no ato anormal e a teoria do risco provei-

to. A teoria do ato anormal, que consiste em responsabilizar o agente quando sua atividade caracteriza-se como anormal, foi construída para regular os conflitos nas relações de vizinhança. A crítica a esta teoria aduz que o ato anormal trata-se, em seu íntimo, de ato culposo.

No que se refere à teoria do risco, encontramos no seu fundamento a necessidade de segurança da vítima, que sofreu o dano, sem para ele concorrer. Nessa esteira, se das atividades que ensejam risco colhem os proventos os criados destes riscos, destaca o autor que parece razoável que suportem os encargos e que respondam pelos riscos criados.

Nesse sentido, quando colocada sob a ótica de mera reparação dos danos, a questão da responsabilidade, para o autor, deve ser resolvida observando-se o critério objetivo. Disso decorre que quem observa os proveitos da atividade deve suportar o ônus dela decorrentes.

Na sequência, o autor disserta sobre a interpretação extensiva pela jurisprudência do art. 1.384, §1º, do Código Civil francês, a qual fez surgir um princípio que proclama a responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas. Nesse contexto, destaca três teorias que buscaram fundamentar a responsabilidade decorrente dos fatos das coisas inanimadas: a da presunção *juris et de jure* da culpa, a teoria da culpa na guarda e a teoria do risco. Aduz que todas as teorias se reduzem, nos seus efeitos, à responsabilidade do guarda pelo fato da coisa, sem apreciação da culpa e só eximindo este da responsabilidade diante de uma excludente de responsabilidade.

Por fim, o autor analisa uma série de responsabilidades especiais, sendo a primeira delas a decorrente de ruína de edifício, à qual seguem a responsabilidade dos patrões ou comitentes pelo ato de seus prepostos, a responsabilidade do proprietário ou guarda dos animais, a dos alienados, a decorrente das relações de vizinhança e a responsabilidade no estado de necessidade.

O terceiro capítulo, por seu turno, discorre sobre o abuso do direito. Aduz o autor que, mesmo no exercício daquelas prerrogativas que a lei nos confere, a ação dos indivíduos pode ferir interesses, lesar terceiros, produzir o desequilíbrio social. Essas lesões aos direitos de terceiros podem ensejar a responsabilidade do agente, quando exercido seu direito sem observância de certos ditames fundamentais, ordenados pela própria natureza das instituições jurídicas. Nesse sentido, o autor procede à distinção entre ato ilícito e abuso de direito, qual seja, a de que naquele há transgressão aos limites objetivos da lei, ao passo que neste há obediência aos limites objetivos do preceito legal, ferindo, no entanto, a destinação do direito e o espírito da instituição, ou seja, há violação dos princípios da finalidade econômica e social da instituição, produzindo desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade.

Após, o autor discorre sobre os critérios fixadores do abuso de direito, quais sejam, a intenção de lesar e a ausência de utilidade no exercício do direito. Em oposição ao critério subjetivo, que só admite a existência do exercício abusivo do direito com intenção de lesar o direito de outrem e sem utilidade apreciável para o agente, colocam-se os critérios finalistas ou objetivos, que sustentam como anormal o exercício do direito contrariando sua finalidade social e econômica, quando da ausência de interesse legítimo ou ainda com a ruptura do equilíbrio dos interesses em jogo.

Por fim, o autor apresenta as correntes de negação da doutrina do abuso de direito, cujas críticas responde individualmente, valendo-se dos argumentos de defensores da

doutrina, além de fazer uma análise detalhada da previsão do abuso de direito nas legislações, passando por aquelas com dispositivo genérico de critério subjetivista, por aquelas com dispositivo genérico de critério objetivista, pelo direito anglo-americano, culminando no Código Civil brasileiro e no anteprojeto do Código das Obrigações brasileiro.

O quarto capítulo trata da responsabilidade sem culpa na legislação especial, no qual o autor se detém extensamente na análise da aplicação da responsabilidade extracontratual objetiva na responsabilidade nos acidentes de trabalho, na responsabilidade em acidentes de aeronaves, na responsabilidade em acidentes de automóveis, na responsabilidade em acidentes nas minas, na responsabilidade em acidentes de estradas de ferro e na responsabilidade em acidentes por eletricidade.

No capítulo subsequente, o autor trata do problema da responsabilidade extracontratual no direito civil brasileiro, a qual parte da análise das previsões legais do Código Civil de 1916, destacando a culpa como princípio geral da responsabilidade extracontratual, sem que a responsabilidade independente de culpa, no entanto, deixasse de ser o fundamento regulador de situações excepcionais.

Seguidamente, o autor analisa a responsabilidade por fatos de outrem consagrada na legislação pátria, denotando que seu fundamento observou o princípio geral da culpa na responsabilidade extracontratual, assinalado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para além dessa previsão, no que concerne à responsabilidade decorrente do fato do animal, o legislador consagrou a presunção *juris tantum*, sem afastar-se do princípio da teoria subjetiva. Arrematando as hipóteses de responsabilidades especiais que consagraram a teoria subjetiva analisadas pelo autor, coloca-se a responsabilidade decorrente da ruína de edifício, que enseja a responsabilização do proprietário do edifício ou construção, pelos danos ocasionados pela sua ruína, se esta provier da falta de reparos, cuja necessidade seja manifesta.

Encerrando o capítulo sobre o tratamento dado à responsabilidade extracontratual no direito civil brasileiro, o autor disserta detalhadamente sobre os casos de consagração da responsabilidade objetiva, passando pela legítima defesa e estado de necessidade, pela responsabilidade decorrente das coisas lançadas ou caídas em lugar indevido, pela responsabilidade do preposto do farmacêutico, pela responsabilidade decorrente do direito de vizinhança, pela responsabilidade do acidente de trabalho, pela responsabilidade das estradas de ferro, pela responsabilidade dos acidentes de aeronaves e pela responsabilidade decorrente dos acidentes nas minas. A essas hipóteses o atualizador da obra acrescentou a análise da responsabilidade decorrente do dano ecológico, da responsabilidade decorrente do dano atômico e da responsabilidade civil no Código do Consumidor.

O sexto e último capítulo trata da situação atual, no momento de redação da obra, das teorias da culpa e do risco, no direito civil moderno. Nesse contexto, o autor pretende concluir no sentido de que, para além da culpa, o fundamento da responsabilidade extracontratual repousa também no risco. Finalmente, discorre o autor sobre a imprescindibilidade da consagração da responsabilidade extracontratual objetiva no direito civil moderno, com o fito de solucionar as questões impostas pela vida moderna.

Diante do exposto, denota-se facilmente que o objetivo do autor com o livro é demonstrar que a responsabilidade extracontratual subjetiva, na conjuntura de redação da obra, não dá conta de responder as questões suscitadas pelas situações geradas pela vida moderna. Ademais, em estudo aprofundado da responsabilidade extracontratual objetiva, busca compreender sua aplicação naquelas situações em que a responsabilidade fundada na culpa demonstra-se insuficiente para fundamentar a reparação do dano sofrido pela vítima.

Faz-se imperioso destacar a profundidade teórica com que o autor trata das doutrinas divergentes e convergentes, para sustentar seu argumento, buscando durante toda a obra retomar a evolução histórica dos conceitos que fundamentam a aplicação das teorias no momento de redação do livro. A seriedade na investigação das obras dos autores que tratam do tema, seja para construir seu argumento ou para rebater as refutações por eles levantadas, demonstram o comprometimento e o engajamento do autor na construção de um entendimento sólido, que encara as críticas a ele propostas, gerando no leitor a sensação de credibilidade da pesquisa apresentada.

No mais, no que se refere aos capítulos finais, é válido destacar o caráter inevitável de obsolescência ou defasagem do tratamento dado aos institutos, considerando tratar-se de obra cuja primeira edição data do ano de 1960, vale dizer, quando da vigência do Código Civil de 1916. Não obstante, a leitura das observações do autor a respeito da problemática configura obra de notória importância histórica, tendo em vista o estudo da evolução da temática da responsabilidade extracontratual no ordenamento brasileiro. Ademais, é interessante, a partir da obra, constatar as teorias que foram recepcionadas e consagradas no Código Civil de 2002.

Considerando o exposto, portanto, denota-se que a leitura da obra em comento representa um acúmulo teórico inestimável para o estudioso da temática, além de configurar-se como um clássico da doutrina da responsabilidade extracontratual no ordenamento brasileiro. Finalmente, não seria possível encerrar a presente resenha sem destacar enfaticamente a impressionante postura *avant-garde* do autor, no que se refere à análise dos institutos investigados pela obra, ressalte-se, em 1960.


REVISTA AVANT
ISSN 2526-9879
v.1, n.2