

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 426

(ano VII)

(25/08/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

# Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -  
**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**  
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em  
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional  
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE  
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos  
de experiência. Especialista em Direito  
Processual Civil Internacional. Professor  
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:  
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA  
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito  
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e  
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):  
Advogado em São Paulo (SP). Especialista  
em Direito Tributário e em Direito Financeiro  
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO  
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências  
Jurídicas e Sociais pela Universidad del  
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLONISTA DO DIA



25/08/2015 William Douglas

» [Corte Palavras](#)

### ARTIGOS

25/08/2015 Ricardo Souza Calcini

» [A nova atualização dos créditos trabalhistas pelo IPCA-E](#)

25/08/2015 Mariana Carolina Cruz de Santana

» [Função do Estado no acesso à justiça](#)

25/08/2015 Maria Fernanda Paci

» [A importância da pena e a sua função ressocializadora](#)

25/08/2015 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Comentários ao Decreto nº 7.387/2010: Singelas Explicações ao Inventário Nacional da Diversidade Linguística](#)

25/08/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [Da inobservância aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa nos procedimentos administrativos em relação aos militares e as sindicâncias](#)

25/08/2015 Jaqueline Silva da Rocha

» [Sistema Prisional: Evolução Histórica das Punições](#)

### MONOGRAFIA

25/08/2015 Sessuana Crysthina Polanski Paese

» [A Justa Indenização da Posse Agrária Afetada Pelo Instituto da Desapropriação do Imóvel Rural](#)

## CORTE PALAVRAS

**WILLIAM DOUGLAS:** Juiz Federal, Titular da 4ª Vara Federal de Niterói - Rio de Janeiro; Professor Universitário; Mestre em Direito, pela Universidade Gama Filho - UGF; Pós-graduado em Políticas Públicas e Governo - EPPG/UFRJ; Bacharel em Direito, pela Universidade Federal Fluminense - UFF; Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ; Professor Honoris Causa da ESA - Escola Superior de Advocacia - OAB/RJ; Professor da Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas - EPGE/FGV; Membro das Bancas Examinadoras de Direito Penal dos V, VI, VII e VIII Concursos Públicos para Delegado de Polícia/RJ, sendo Presidente em algumas delas; Conferencista em simpósios e seminários; Autor de vários livros. Site: [www.williamdouglas.com.br](http://www.williamdouglas.com.br)

A boa redação exige burilamento, esforço, paciência. Um dos desafios é fazer textos curtos, escolhendo palavras que preservem o sentido do que desejamos dizer sem gastar espaço desnecessário. Entre os cuidados que podemos ter está usar abreviaturas mais conhecidas e até mesmo procurar palavras mais curtas com o mesmo efeito prático. É conhecido o pedido de desculpas de um escritor ao seu amigo: “Me perdoe a carta longa, não tive tempo de fazê-la mais curta”.

Um exemplo:

“Acerca do tema, recentemente (18/12/2014), o STF retomou discussão envolvendo o índice a ser utilizado no caso dos precatórios. No julgamento da Ação Cautelar – AC 3.764, em medida cautelar, o Ministro Relator, Luiz Fux, sinalizou que o Índice de Preço do Consumidor Amplo (IPCA) deveria ser aplicado, contrariando a Corregedoria Nacional de Justiça que determinou o pagamento com base na TR (Taxa Referencial).”

**Texto com 411 caracteres, com espaços.**

Alternativa:

“Em 18/12/2014, o STF retomou discussão envolvendo o índice a ser utilizado nos precatórios. No julgamento da Ação Cautelar 3.764, em medida cautelar, o Relator, Min. Luiz Fux, sinalizou que o IPCA deve ser aplicado, contrariando o CNJ que determinou o pagamento com base na TR.”

**Texto com 276 caracteres, com espaços.**

Outro exemplo, tirado do mesmo artigo, o qual me inspirou a escrever este alerta:

“Como sabemos, o IPCA é índice oficial do Governo Federal para medição das metas inflacionárias, inclusive pelo Banco Central, já que reflete a elevação dos preços de produtos que possuem impacto direto na remuneração dos servidores públicos.”

**Texto com 241 caracteres, com espaços.**

Alternativa:

“O IPCA é índice oficial do Governo e do Banco Central para medir a inflação, pois reflete a alta dos preços que impactam a remuneração dos servidores públicos.”

**Texto com 159 caracteres, com espaços.**

Só nesses dois trechos a diferença é de 652 caracteres, versus, 435 das alternativas, o que equivale a menos 217 caracteres. Ou, em termos de espaço, tudo isso:

“XX  
XX  
XX

XX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX”

Imagine a diferença que estes cuidados não fariam em um artigo, redação ou petição! Claro que você deve escolher seu objetivo e qual tipo de texto está escrevendo. Uma dissertação ou tese pode (até deve) ter linguagem mais rebuscada, mas para quem quer ser lido... não tem jeito, tem de fazer texto o menor possível, claro, direto, simples.

A publicação em jornais de grande circulação exige textos curtos. Quanto menos famoso você for, menos espaço terá. E quanto menos famoso for, mais diferença fará para seu currículo publicar lá.

Uma sentença deve ser direta, rápida e curta, pois o objetivo não deve ser mostrar erudição (interesse pessoal do juiz), mas resolver o problema com celeridade até porque há outros processos esperando sentença. Em um concurso público, porém, eu não seria tão reducionista, pois ali vale impressionar o examinador. Cabe uma redação um pouco mais elaborada. Ainda em concursos, redigir bem ajuda a lidar com o problema de espaço limitado para resposta e, ao evitar falar demais, a boa administração do tempo de prova.

Em tempos como os nossos, de urgência, de 140 caracteres, essa habilidade o ajudará a conseguir o que qualquer pessoa que escreve deve pretender: ser lido. Os meus livros, escrevo para os outros, não gasto tempo querendo mostrar erudição ou falando difícil. Estou ali para servir, para resolver problemas do leitor e para ajudá-lo a melhorar sua vida. Claro que isso tem um custo. Sempre aparece algum acadêmico empolado dizendo que não gosta do que escrevo. “É autoajuda”. Isso só confirma que toda escolha na vida envolve agradar a uns e desagradar a outros. Prefiro seguir

meu jeito, que já resultou em mais de um milhão de livros vendidos e milhares de leitores que me escrevem agradecendo a ajuda que dei.

Por isso, aprenda a redigir bem. Escolha qual é seu objetivo e o público ao qual se dirige. Escreva para quem vai ler você. Corte palavras inúteis. Dizem que “poesia é a arte de cortar palavras”. Isso, porém, depende: quando escrevo ou leio poesia, estou me divertindo, não tenho pressa. A poesia pode ser longa, pois ela é como a companhia: quando agrada, pode ficar mais tempo. Contudo, se tenho pressa, ou se o leitor a tem, que sejamos gentis com o leitor e rigorosos com o tempo e a quantidade de letras.

## A NOVA ATUALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS PELO IPCA-E

**RICARDO SOUZA CALCINI:** Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde obteve o título de Especialista em Direito Social. É também Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo. Assessor de Desembargador no Tribunal Regional de São Paulo da 2ª Região, tem atuação direta na área do Direito do Trabalho, com ênfase em Direito Material, Processual, Ambiental e Desportivo do Trabalho. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Aplicado (IDA) e do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD).

Em decisão paradigmática, que ganhou destaque no meio jurídico, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST) decidiu, no dia 4.8.2015, que os créditos trabalhistas passarão a ser atualizados com base na variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Referida decisão foi proclamada no julgamento de arguição de inconstitucionalidade (ArgInc) 479-60.2011.5.04.0231.

Oportuno enfatizar que o Pleno do C. TST, em voto de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, entendeu que a expressão “equivalentes à TRD”, constante do “caput” do artigo 39 da Lei de Desindexação da Economia (Lei 8.177/1991), deve ser interpretada conforme a Constituição Federal, a fim de se preservar o direito à atualização monetária dos créditos trabalhistas.

Isso porque o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, julgou parcialmente procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4.357 e 4.425 e proclamou a inconstitucionalidade de parte da Emenda Constitucional (EC) 62/2009,



que instituiu o novo regime especial de pagamento de precatórios. Naquela ocasião, decidiu-se afastar a expressão “índice oficial de remuneração da caderneta de poupança”, contida tanto no § 12 do artigo 100 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), quanto, e por arrastamento, no artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pelo artigo 5º da Lei 11.960/2009.

De se mencionar, a propósito, o importante destaque trazido pelo Ministro Cláudio Brandão em seu histórico voto: “(...) *A ratio decidendi contida na proclamação do Supremo Tribunal Federal, então, pode ser assim resumida: a atualização monetária incidente sobre obrigações expressas em pecúnia constitui direito subjetivo do credor e deve refletir a exata recomposição do poder aquisitivo decorrente da inflação do período em que apurado, sob pena de violar o direito fundamental de propriedade do credor, protegido no artigo 5º, XXII, a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI), a isonomia (artigo 5º, caput), o princípio da separação dos Poderes (artigo 2º) e o postulado da proporcionalidade, além da eficácia e efetividade do título judicial e provoca o enriquecimento ilícito do devedor. (...)*” – destaque no original.

Assim, com fulcro na mesma “ratio decidendi” exarada pelo Excelso Pretório, a Corte Superior Trabalhista entendeu que o uso da Taxa Referencial Diária (TRD), índice de atualização monetária até então aplicável aos créditos trabalhistas, não reflete a efetiva recomposição da perda resultante da inflação, sobretudo por se estar diante de créditos de natureza alimentar.

No mais, com o fito de preservar a segurança jurídica das situações consolidadas, em decorrência da proteção do ato jurídico perfeito (CRFB, artigo 5º, XXXVI c/c LINDB, artigo 6º), invocou-se a aplicação analógica da regra prevista no § 17 do artigo 896-C da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), introduzida pela Lei 13.015/2014, e que foi concebida para os casos de julgamento dos recursos de revista repetitivos no âmbito do C. TST, “in verbis”:

Art. 896-C, § 17: “*Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.*” (destacou-se).

Destarte, os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade reconhecida pelo C. TST não alcançam os pagamentos já efetuados, ainda que parcialmente, nos processuais judiciais trabalhistas, em andamento ou extintos, uma vez que adimplida e extinta a obrigação. Em sentido contrário, aos processos nos quais a obrigação pende de cumprimento não há direito a ser resguardado, uma vez que o crédito ainda não teve sua regular quitação pelo devedor.

Desta feita, com a finalidade de preservar a isonomia de tratamento aos credores (CRFB, artigo 5º, “caput”), exceto nos casos envolvendo pagamentos pela via dos precatórios, a Corte Superior Trabalhista atribuiu efeitos modulatórios à referida decisão, os quais devem

prevalecer desde o dia 30 de junho de 2009 – data de vigência da Lei 11.960/2009, que acresceu o artigo 1º-F à Lei 9.494/1997, declarado inconstitucional pelo E. STF.

Em relação à mencionada exceção ao regime de precatórios, bastante oportuna a transcrição da ementa da decisão trazida na Questão de Ordem, de lavra do Ministro Luiz Fux, que dispõe sobre a modulação dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidades proferidas nas ADIs 4.357 e 4.425, constante do Informativo de Jurisprudência 793 do Supremo Tribunal Federal (período de 3 a 7 de agosto de 2015):

***“QUEST. ORD. EM ADI N. 4.425-DF RELATOR: MIN. LUIZ FUX EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE***

***DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.***

*1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029.*

*2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016.*

*3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do*

*juízo de julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.*

*4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade*

*devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado.*

*5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT).*

*6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório.*

*7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão.”*

Cabe ressaltar que, a partir da decisão Plenária em análise, expediu-se ofício ao Presidente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) – atualmente, o Ministro Antonio José de Barros Levenhagen – com o objetivo de que este determine a retificação da tabela de atualização monetária da Justiça do Trabalho (Tabela Única). E isso, no

caso, para que se faça constar o IPCA-E como fator de atualização a ser utilizado, doravante, na Tabela Única para os débitos trabalhistas.

Por fim, o v. acórdão proferido naqueles autos foi encaminhado à Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos para a emissão de parecer acerca da Orientação Jurisprudencial (OJ) 300, da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1), a qual ainda tem a seguinte redação: ***“OJ-SDII-300 EXECUÇÃO TRABALHISTA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. LEI Nº 8.177/91, ART. 39, E LEI Nº 10.192/01, ART. 15 (nova redação) - DJ 20.04.2005. Não viola norma constitucional (art. 5º, II e XXXVI) a determinação de aplicação da TRD, como fator de correção monetária dos débitos trabalhistas, cumulada com juros de mora, previstos no artigo 39 da Lei nº 8.177/91 e convalidado pelo artigo 15 da Lei nº 10.192/01.”***

## FUNÇÃO DO ESTADO NO ACESSO À JUSTIÇA

**MARIANA CAROLINA CRUZ DE SANTANA:**  
Bacharelanda em direito pela Faculdade Ages.

**RESUMO:** O Estado desempenha um importante papel na aplicação e manutenção do direito na sociedade. Para que isso continue ocorrendo, o Estado, precisa desenvolver alternativas que possibilitem o acesso à justiça. Nesse sentido, este trabalho pretende verificar os principais problemas que afetam a plena utilização do direito, através de uma análise histórica e de alguns setores da vida social, além de propor soluções eficazes para a aplicação do direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado; direito; acesso à justiça; sociedade; leis.

---

### 1 INTRODUÇÃO

Com a divisão dos poderes coube ao Poder Legislativo a competência para produzir as leis que irão orientar o país. Ocorre que não basta apenas criar leis, deve-se oferecer meios e ferramentas capazes de efetivá-las, sendo, pois, tal tarefa, a mais difícil de se concretizar.

Nesse aspecto, cabe salientar que a análise sobre a aplicação do direito nas sociedades apresenta uma série de discussões, visto que, embora sejam uma ferramenta na condução da ordem e do desenvolvimento, as normas jurídicas, nem sempre apresentam uma aplicação efetiva no meio social, o que impossibilita o acesso à justiça pelos cidadãos que dele fazem parte.

Além das dificuldades de se regular uma sociedade através do simples cumprimento da lei, existem diversos problemas de caráter social, econômico e até mesmo político que impedem sua eficácia. Nesse sentido,



o Estado assume uma série de responsabilidades que vão além da seara jurídica, permeando alguns setores da vida em sociedade.

A partir do estudo das problemáticas que dificultam a efetivação das leis, também é possível destacar algumas medidas que podem ser adotadas para minimizar o desrespeito aos direitos dos cidadãos. Nesse contexto, por exemplo, é possível apontar as fragilidades do próprio ordenamento jurídico, que, muitas vezes, de forma descontextualizada, propõe leis que de sua origem já são ineficazes, pois desconhecem o seu campo social de aplicação.

Diante do exposto, pode-se perceber que o Estado, além de ser uma estrutura complexa, também apresenta uma série de atribuições que ao serem desrespeitadas geram inúmeros prejuízos ao convívio social. Nesse sentido, entender o conceito e os precedentes históricos que norteiam o Estado é de fundamental importância na compreensão das práticas normativas desempenhadas por ele, pois ajudam a garantir o bom entendimento das reais funções dessa estrutura junto à sociedade.

## **2 CONCEITO DE ESTADO**

Muito se discute sobre o papel do Estado no desenvolvimento do direito, por isso a análise do seu conceito bem como de alguns aspectos históricos e sociais que norteiam tal tema é de extrema importância para a compreensão dessa discussão. Nesse aspecto, podemos perceber que o desenvolvimento do Estado e de suas funções foi de extrema importância para a organização das sociedades como um todo e para a compreensão dos problemas aqui apresentados.

Com a formação da sociedade, fez-se necessário a criação de um poder capaz de preservar os direitos e deveres firmados entre os homens

objetivando, com isso, uma convivência pacífica e harmoniosa entre eles, nesse aspecto, Dallari aponta que “o Estado é um grande e robusto homem artificial, construído pelo homem natural para sua proteção e defesa” (2007, p. 14). Nesse contexto, Carnelutti descreve o Estado como sendo uma “sociedade juridicamente ordenada” (2010, p. 55), ou seja, uma sociedade organizada através de leis e normas, por isso, também, Carnelutti afirma “O direito é a armação do Estado. O direito é o que se precisa para que o povo possa alcançar sua estabilidade” (2006, p. 16).

Através de um conceito ainda mais moderno, Marilena Chaui afirma: “O Estado se apresenta como origem da sociedade, como um poder capaz de instituí-la a partir do zero. Matéria sem forma, a sociedade vem à existência pela ação criadora do Estado, que lhe dá organização e se põe como centro e sentido dela” (2006, p. 142), nesse contexto, o Estado também se apresenta como um organismo responsável pela ordem e equilíbrio da sociedade.

O Estado segundo Hobbes é “uma pessoa de cujos atos se constitui em outrora uma grande multidão, mediante pactos recíprocos de seus membros, com o fim de que essa pessoa possa empregar a força e os meios de todos, para assegurar a paz e a defesa comuns” (2003, p. 148). Nesse aspecto, o Estado assume o papel de regulador das relações sociais possibilitando o desenvolvimento e a autonomia de cada cidadão dentro dos limites previstos em lei.

A partir desses conceitos, torna-se necessário afirmar que o Estado, por ser uma instituição tão importante na construção de uma sociedade organizada e equilibrada, deve zelar sempre pelos interesses de seu povo, tendo como base princípios básicos trazidos pela Constituição Federal,

dentre os quais podemos destacar o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, do acesso à justiça, entre outros que são usados para fundamentar sua atuação no meio social.

### **3 DEFICIÊNCIA DO ESTADO NA APLICAÇÃO DAS NORMAS**

O Estado deve garantir a aplicação de suas leis a fim de proporcionar o bem-estar da sociedade bem como de sua organização, até porque, em um Estado Democrático de Direito, promover a eficácia de suas normas e o cumprimento de cada uma delas é, sem dúvida nenhuma, um passo necessário à promoção do respeito e da credibilidade das normas por ele criadas.

Entretanto nem sempre o Estado consegue assumir seus poderes de forma a garantir a todos os direitos e deveres a ele inerentes na condução das sociedades o que gera uma série de críticas. Nesse diapasão, no que tange à participação do Estado no setor econômico-social, pode-se perceber que existem muitas críticas a respeito do tratamento dado aos indivíduos de classes sociais mais baixas, sendo possível identificar, a partir de uma análise histórica, na fala de filósofos, como Engels, duras críticas ao Estado, visto que, eles conseguem expor as fragilidades e ineficiências dessa estrutura perante o poder privado, ao afirmar que "a força de coesão da sociedade é o Estado, que, em todos os períodos típicos, é exclusivamente o Estado da classe dominante e, essencialmente uma máquina destinada a reprimir a classe oprimida e explorada" (CODATO, 1998, p.1). Nesse aspecto, podemos perceber que, embora a atual Constituição Federal esteja fundada, também, no princípio da igualdade ainda existem muitas dificuldades para tornar esse princípio plenamente eficaz.

No campo do direito penal tais críticas também se manifestam sobre essa questão, visto que, é nítida a discrepância entre o tratamento dado a um criminoso pobre e a um criminoso rico, sendo que tais diferenças se apresentam sob diversas formas, seja no desenvolvimento do processo, ou mesmo na aplicação e no cumprimento da pena. Nesse ponto, Araújo, afirma que: “A identidade (sempre) social do abastado será totalmente diversa da do miserável, exterminando a possibilidade de efetivação concreta de um dos objetivos mais caros ao Estado Democrático de Direito: a igualdade material dos cidadãos” (2010, p. 124).

Podemos perceber também que as próprias leis não estão conseguindo gerar os efeitos propostos na sua elaboração, nesse contexto Nalini afirma que,

Nestes dias de banalização da ilegalidade e impunidade de seus autores, em que os códigos viram simples ficção e sua violação sistemática se converte em regra geral, as tensões e os conflitos sociais têm obrigado o Estado a constantes ajustamentos no processo de organização socioeconômica e política sem, no entanto, superar as contradições em que tal organização se assenta (1999, p. 13).

Sob esse prisma resta claro que há uma série de deficiências no país impedindo a plena utilidade das normas vigentes, sendo, pois, tais problemas, resultantes de questões sociais, políticas, econômicas, o que demonstra a pluralidade de desafios que o Estado deve enfrentar para conseguir manter a ordem nas sociedades.

## **5 A FUNÇÃO DO ESTADO NA APLICAÇÃO DO DIREITO**

A partir da análise sobre os conceitos de Estado, bem como de suas funções perante a sociedade, cabe mencionar que, “o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, *regula ainda o modo com o qual se devem produzir as regras*. Sói dizer-se que o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa”(BOBBIO, 2011, p. 58), sendo assim, pode-se perceber que o Estado, a partir do conjunto de leis que elabora, é responsável pela construção de cada norma presente na sociedade, não limitando sua função, apenas, à aplicação das normas e suas sanções.

Diante das discussões apontadas ao longo do texto podemos observar que o Estado apresenta duas funções bastante relevantes, elaborar as leis que regem a sociedade e oferecer subsídios para que elas possam ser aplicadas. Nessa perspectiva, podemos perceber que o acesso à justiça faz parte da função do Estado, visto que, ele deve garantir os meios que possibilitem a aplicação das normas para os indivíduos que tenham ou não condições de pleitear seus direitos num tribunal, pois como um ente responsável pelo bem-estar e pela organização da sociedade, ele não pode deixar que qualquer problema de caráter social influencie no cumprimento da lei.

#### **4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O ACESSO À JUSTIÇA**

A Constituição Federal elenca em seu artigo 5º a igualdade como um dos direitos fundamentais que devem nortear as normas e os indivíduos que vivem em sociedade. Nessa perspectiva, é possível reconhecer diversas leis que trazem claramente essa proposta em seu conteúdo, a fim de dirimir qualquer dúvida quanto à necessidade de aplicação desse princípio.

Embora existam inúmeras demonstrações de desrespeito a esse princípio, todas as normas devem estar de acordo com esse preceito

constitucional, sendo, por isso, expressamente definidas as exceções a esse princípio para que não haja dúvidas quanto a sua validade. Nessa perspectiva, Alexandre de Moraes explica da seguinte maneira,

Para que as diferenças normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada (...) (2011, p. 40, 41).

Dessa forma, é possível perceber que as exceções a esse princípio, são baseadas em critérios bem fundamentados e definidos e que objetivam, antes de qualquer coisa, estimular o equilíbrio das relações sociais.

Seja âmbito privado ou público a igualdade é um princípio que deve estar presente em todos os aspectos, nesse sentido, faz-se oportuno mencionar a lição de Allaymer Bonesso ao explicar que, “(...) no procedimento licitatório, é o princípio da igualdade que assegura a observância da isonomia constitucional exigida em todos os atos de tratamento impessoal” (2011, p. 31).

De acordo com as afirmações supracitadas torna-se importante frisar que todas as normas jurídicas devem balizar-se no princípio da igualdade respeitando, antes de tudo, as diferenças e particularidades de cada situação a fim de promover o equilíbrio das relações entre os indivíduos que compõem uma sociedade.

### **3 A FUNÇÃO DO ESTADO NO ACESSO À JUSTIÇA**

O acesso à justiça é um direito indispensável à construção de uma República Democrática, pois é a partir dele que os cidadãos poderão lutar por seus direitos e conseguir que eles sejam aplicados. Nesse contexto, pode-se perceber que na Constituição brasileira existem muitos artigos que buscam garantir tal direito, a exemplo, podemos destacar o art. 5º, caput, e os incisos: XXXIV, LXXIV, LXXVI, que embora não represente a totalidade dos artigos que discorrem sobre as garantias do pleno acesso à justiça, são capazes de exemplificar o posicionamento constitucional a respeito dessa discussão.

Previamente é necessário esclarecer alguns dos problemas que dificultam a efetivação do acesso à justiça, pois, não basta que o Estado crie leis prevendo direitos, ele também deve oferecer condições para que suas normas sejam aplicadas. Nesse aspecto, um dos problemas que afetam a plena eficácia dessas normas são os altos custos judiciais, haja vista o fato de que os advogados e seus serviços são muito caros e tal questão, somada ao tempo que um processo pode demorar, torna ainda mais difícil a tentativa de se cobrar na justiça os direitos previstos na lei.

Além disso, a falta de aptidão dos indivíduos para reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível também se torna um grande problema, visto que, acaba tornando comum a prática de abusos por determinadas pessoas ou empresas dentro do meio social e, nesse ponto, pode-se destacar a insuficiência do Estado em propor programas de assistência ou mesmo de informações que auxiliem o indivíduo na tarefa de exercer seus direitos.

Em relação à questão da proteção aos interesses difusos, sendo eles os interesses coletivos, a discussão esbarra tanto na competência do Estado

para legislar quanto na falta de meios que tornem satisfatória a luta por tais direitos, pois, como afirma Cappelletti: “ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação” (1988, p. 26).

De acordo com os problemas acima mencionados, podemos perceber que muitas das dificuldades que atrapalham o acesso à justiça decorrem da falta de estrutura do próprio Estado em prover os meios necessários para a assistência judiciária, sendo assim, cabe a ele a propositura de ações que busquem melhorar os problemas dessa natureza para que os cidadãos possam usufruir plenamente de seus direitos.

Diante desses problemas acima levantados podemos perceber que uma das atribuições do Estado necessárias à concretização do acesso à justiça é a ampliação da assistência judiciária para os indivíduos de baixo poder aquisitivo, nessa perspectiva, cabe ao Estado remunerar a trabalho dos advogados que atuam em nome desses cidadãos, além de reduzir os custos dentro de um processo, para que mesmo as questões relacionadas a pequenas causas tenham validade e importância no contexto social.

Outra opção para tornar o acesso à justiça uma realidade efetiva é a modificação do próprio direito, seja no âmbito material, nas próprias leis, seja no âmbito formal, nos procedimentos realizados para a aplicação do direito, a fim de oferecer melhores condições aos indivíduos que pretendem buscar na justiça o reconhecimento de seus direitos.

No Direito do Trabalho o *jus postulandi* é um exemplo da tentativa do Estado de promover o acesso à justiça, visto que, tal direito assegura às partes a possibilidade de ingressarem em juízo e no decorrer do processo



sem a presença de um advogado, essa possibilidade está prevista no art. 791 da CLT. Embora sua eficácia gere controvérsias seu uso é uma forma de acesso à justiça devendo ser resguardado em benefício daqueles que podem utilizá-lo.

O *jus postulandi* das partes seria a possibilidade, aberta pela legislação vigente, de estar em juízo e durante o processo sem o acompanhamento de advogado. Nesse caso, a parte pode livremente defender seus interesses em juízo, da maneira que achar conveniente. O vocábulo, *jus postulandi*, de origem latina, significa direito de postular (ALMEIDA, 2012, p. 98, 99).

Como se pode observar a reforma nos procedimentos judiciais promovendo a atuação direta das partes no decorrer do processo é uma forma de possibilitar o acesso à justiça, somada a essa questão podemos mencionar a utilização de alternativas processuais mais simplificadas que acabam reduzindo os altos custos processuais, possibilitando, além da utilização de procedimentos mais simples, a atuação de julgadores informais.

Nesse sentido a mediação pode ser uma importante alternativa para dirimir tais problemas, visto que, apresenta uma série de características compatíveis com o que se espera na resolução de conflitos que é, por exemplo, a agilidade, a imparcialidade, o máximo atendimento dos interesses pretendidos, entre outros fatores. A respeito desse procedimento, Zamith apud Ana Luiza Isoldi, também explica: “As características da mediação (...) permitem a redução do custo emocional e financeiro, a

definição exata do problema e sua resolução adequada e efetiva, a prevenção de novos conflitos e, especialmente, a satisfação” (2010, p. 104).

A partir dessas discussões, pode-se entender que, a ampla difusão do acesso à justiça é um importante passo para a concretização das reformas que buscam atender às necessidades das pessoas na reivindicação de seus direitos. Pois, além de permitir o crescente acesso dos cidadãos à justiça também é responsável por inúmeras melhorias dentro do sistema judiciário e, conseqüentemente, dentro do próprio Estado, visto que, é dele a responsabilidade de promover o acesso dos cidadãos ao judiciário. Entretanto, tais características, embora positivas, são, apenas, o começo dessa grande caminhada rumo à concretização e efetivação dos direitos pertencentes a todos os indivíduos que vivem na sociedade.

Diante do que foi estudado podemos perceber que o Estado, embora necessite de reformas que ajudem a tornar o acesso à justiça uma realidade para todos, tem como objetivo regular as relações entre os indivíduos através das leis e de sua efetividade, nesse aspecto, Cintra, Grinover, Dinamarco acreditam que:

(...) trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e a ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da própria sociedade (ou seja, do Estado enquanto comunidade) (2009, p. 149).

Nesse sentido, o Estado, como ente responsável pela organização da sociedade, deve sempre exercer seu poder através das leis por ele elaboradas primando sempre pela igualdade e proteção dos direitos que todos os indivíduos apresentam a fim de garantir sua supremacia diante de todos os cidadãos.

### **3 CONCLUSÃO**

A partir da análise das primeiras considerações pode-se perceber que a função precípua do Estado é regular as relações existentes dentro da sociedade em todos os aspectos estruturais nele existentes, seja no plano interno ou no plano externo, tendo sempre a lei como meio orientador.

A inobservância de preceitos básicos trazidos pela própria Constituição Federal demonstra claramente a inoperabilidade das normas bem como dos agentes responsáveis pela sua aplicação. Nesse sentido, podemos destacar os problemas relacionados ao acesso à justiça que ocorrem no país, além das dificuldades de se promover projetos e leis que ajudem a eliminá-los.

Com base nessas afirmações é possível entender que não basta apenas para o Estado criar normas que busquem regular a sociedade, o Estado também deve oferecer condições para que elas sejam aplicadas de forma justa e respeitando as particularidades presentes em cada meio social.

A análise da falta de efetividade do direito dentro da sociedade não deve se restringir apenas às questões referentes ao próprio direito, mas também ao contexto social de aplicação, pois muitas vezes é a falta de estrutura social que leva a inobservância das normas jurídicas.

Por fim, pode-se concluir que, sendo o Estado materializado através das leis, é dele a função de cuidar para que elas tenham efetividade no

contexto social e assim possam regular, de fato, as questões as quais o Estado se propõe a interferir. Nessa perspectiva, o Estado deve lutar para que não haja desrespeito às normas por ele impostas e para que a sociedade possa se desenvolver de forma plena, buscando sempre a proteção e a segurança para aqueles que nela convivem.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação Empresarial – Aspectos Jurídicos Relevantes*. 2. ed. – São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. *Acesso à justiça e o jus postulandi das próprias partes do direito do trabalho: alcance da justiça ou quimera jurídica?/* São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Só é preso quem quer! : impunidade e ineficiência do sistema criminal brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Brasport, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

BONESSO, Allaymer Ronaldo. *Manual de Licitação e Contrato Administrativo*. 2º ed. - Curitiba: Juruá, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CANELUTTI, Francesco. *Arte do direito*. 1ª ed. – Campinas: Russell Editores, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. 4ª ed. Campinas: Russell Editores, 2010.

CHAUI, Marilena. *Cidadania cultural: O direito à cultura*. 1ª ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CODATO, Adriano Nervo. “O Estado como Instituição: Uma leitura das Obras Históricas de Marx”. Ensaios. Paraná, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

NALINI, José Renato. Formação Jurídica. 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

## A IMPORTÂNCIA DA PENA E A SUA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA

**MARIA FERNANDA PACI:** Graduada em Direito, pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, Pós Graduada em Direito Processual: Grandes Transformações pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL, E Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - UNIDERP, Licenciatura Plena pelo Programa Especial de Formação Pedagógica para a Disciplina do Currículo da Educação Profissional de Nível Médio pela FATEC São José do Rio Preto, Pós Graduada em Marketing e Vendas pela UNIDERP (em andamento), Graduação em Pedagogia pela UNIP - Universidade Paulista (em andamento). Advogada nas áreas cível e criminal. Docente do Centro Paula Souza, nos cursos Técnico em Serviços Jurídicos e Administração.

**RESUMO:** O trabalho ora elaborado trata-se de um sucinto levantamento acerca da problemática da Função da pena no Brasil. Partindo da filosofia de que a pena possui essencialmente um caráter ressocializador verificamos que a sua aplicação atualmente está um tanto quanto distorcida e ineficaz perante a sociedade moderna e perante um novo ciclo do ordenamento jurídico que se inicia. A pena não pode e nem deve tornar-se um meio de vingança social em detrimento dos condenados. Sendo assim tal obra procura traçar novas linhas a serem seguidas pelos legisladores e pelos operadores do direito a fim de aplicarem a pena com o único intuito de ressocializar o apenado e lhe reabilitar para voltar a conviver com seus pares. Conseqüentemente nota-se também a importância de se obedecer aos princípios informadores da pena, isto é, a necessidade de se obedecer a Constituição Federal e os Direitos Humanos de cada cidadão, mesmo que este esteja recluso e condenado.

**Palavras Chave:** Ressocialização; Aplicabilidade, Sociedade.

**ABSTRACT:** The work now prepared it is a brief survey on the issue of the penalty function and chaotic in Brazil Brazilian prison system. Leaving the philosophy that the pen has essentially resocializing character found that its application is currently somewhat distorted and ineffective against modern society and before a new cycle of the legal system that starts. The penalty can not and should not become a means of social revenge at the expense of the condemned. Thus the monograph seeks to draw new lines to be followed by legislators and by the operators of the right to apply the penalty for the sole purpose of re-socialize the convict and rehabilitate him to return to live with their peers. Consequently we can note the importance of obeying the principles informants pen, ie the need to obey the Constitution and human rights of every citizen, even if it is secluded and sentenced.

**Keywords:** Resocialization; Applicability, Society.

---

## I. INTRODUÇÃO.

O trabalho tem por finalidade discorrer sobre um dos mais notáveis temas que está em destaque no cenário jurídico, social e político do Brasil, qual seja a Função da pena.

De modo geral o que se pretende é demonstrar a finalidade da pena e sua efetiva aplicação na sistemática jurídica. O seu desenrolar no decorrer dos tempos e sua função ético social na atualidade.

O meio utilizado para evidenciar tais prerrogativas foi à pesquisa doutrinária e outros métodos como pesquisa em revistas, internet, jurisprudências, etc.

Ademais o trabalho em estudo foi desenvolvido em três capítulos, cada qual tratando acerca de um tópico específico, porém interligado um

ao outro, a qual unidos formam o corpo deste, delineando a estrutura lógica e formal da respectiva pesquisa.

Por conseguinte o Seção I, trata inicialmente de uma breve introdução sobre as penas, passando a discorrer sobre a sua origem, e posteriormente dos princípios constitucionais, este tópico é de suma importância neste capítulo uma vez que determina as diretrizes informadoras da aplicação da pena em nosso país, não que os outros tópicos não mereçam igual destaque, mas no desenrolar do trabalho notamos que a pena não deve possuir um caráter vingativo, mas sim ressocializador e este tópico – princípios – é a norma mãe regedora para que a pena tenha apenas caráter reabilitador.

Estruturalmente a Seção II, destaca Conceito de Pena e Sistemas Prisionais existentes adotados no decorrer dos tempos, bem como a comparação ao atual sistema.

Por fim na Seção III, cuida da Classificação das Penas e a sua função. Diga-se, denota-se aqui, não só a função jurídica, mas principalmente a função social da pena, demonstra-se a sua verdadeira função e o seu principal fim de ressocializar o condenado de forma eficaz e legal.

Conclui-se, assim que tal estudo foi desenvolvido em três seções interligados um ao outro, a fim de problematizar e oferecer algumas soluções para a verdadeira problemática carcerária.

Este ainda conterà as Conclusões, na qual será realizado um apanhado geral e um encerramento de tudo que foi pesquisado e discutido.

Alinhado a isto encontraremos o Resumo, sendo uma breve análise de todos os itens de maior importância abordados neste trabalho. E por fim



citaremos as Referencias bibliográficas nas quais constam todos os materiais utilizados e pesquisados para a elaboração deste estudo.

## **2. PENAS E SUAS FUNÇÕES.**

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu jus puniendi.

Contudo, em um Estado Constitucional de Direito, embora o Estado tenha o dever/poder de aplicar a sanção àquele que violando o ordenamento jurídico-penal, praticou determinada infração, a pena a ser aplicada deverá observar os princípios expressos, ou mesmo implícitos, previstos em nossa Constituição Federal.

Em nosso país, depois de uma lenta e longa evolução, a Constituição Federal, visando proteger os direitos de todos aqueles que, temporariamente ou não, estão em território nacional, proibiu uma série de penas, por entender que feria o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme o art. 5º do citado diploma.

### **2.1.1 Origem das Penas.**

Na verdade, a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no paraíso, quando, após ser induzida pela serpente, Eva, além de comer do fruto proibido, fez também com que Adão o comesse, razão pela qual, além de serem aplicadas outras sanções, foram expulsos do Jardim do Éden.

Depois da primeira condenação aplicada por Deus, o homem, a partir do momento em que passou a viver em comunidade, também adotou o

sistema de aplicação de penas toda vez que as regras da sociedade na qual estava inserido eram violadas.

Assim perde-se no tempo a origem das penas, sendo que originariamente tinha um caráter sacral, ou seja, não podendo o homem primitivo explicar os acontecimentos que fugiam ao seu cotidiano (chuva, raio, trovão), os mesmos passaram a atribuí-lo a seres sobrenaturais, que premiavam ou castigavam a comunidade conforme o seu comportamento.

Da mesma época surgiram as proibições conhecidas como tabus, palavra que significa ao mesmo tempo o sagrado e o proibido. As violações das regras totêmicas ou a desobediência ao tabu acarretavam aos infratores os castigos ditados pelo encarregado do culto, que era também o chefe do grupo, sendo que a pena possuía um caráter coletivo. Todos participavam de tais castigos porque as infrações atraíam a ira das entidades sobrenaturais sobre todo o grupo.

Posteriormente surgiu a vingança penal, que possuía 2 formas: a primeira era a vingança privada que nada mais era que a responsabilização do ofensor da tribo, por meio da coletividade, e a segunda era a vingança de sangue onde a infração era praticada por um elemento estranho à tribo.

Com o decorrer dos tempos e a evolução social nasceu a Lei de Talião que limitava a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente). Como também a composição, sistema pelo qual o ofensor se livraria do castigo com a compra de sua liberdade.

Mesmo na época da Grécia Antiga e do Império Romano, predominavam a pena capital e as terríveis sanções de desterro, açoites, castigos corporais, mutilações e outros suplícios.

Assim verifica-se que desde a Antiguidade até, basicamente, o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado.

O período Iluminista, principalmente no século XVIII, foi um marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas. Por intermédio das ideias de Beccaria, em sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas* publicada em 1764, começou a ecoar a voz da indignação com relação a como os seres humanos estavam sendo tratados pelos seu próprios semelhantes, sob a falsa bandeira da legalidade.

Hoje, percebe-se haver, pelo menos nos países ocidentais, uma preocupação maior com a integridade física e mental, bem como com a vida dos seres humanos. Vários pactos são levados a efeito por entre as nações, visando à preservação da dignidade da pessoa humana. Cite-se, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens.

Todavia, o sistema de penas, infelizmente, não caminha numa escala ascendente, na qual os exemplos do passado deviam servir tão-somente para que não fossem repetidos. A sociedade, percebendo a elevação do índice da criminalidade cada vez mais pede a criação de penas cruéis.

### **2.1.2. Princípios Constitucionais Informadores da Pena.**

Conforme se vislumbra no explanado acima, as civilizações foram se adaptando e buscando um meio menos violento e sacral na imposição da pena aos infratores.

Nos dias atuais busca-se, necessariamente, uma pena mais humanizada e em conformidade com a Norma Mãe de um Estado Democrático de Direito, isto quer dizer, que a pena deve estar pautada

sempre em princípios informadores e humanizadores do direito de cada cidadão.

Desse modo, no Brasil, a Constituição Federal, em seus artigos, disciplinou expressamente a observância de certos princípios para a aplicação e execução da pena, a fim de garantir e preservar a dignidade da pessoa e a impossibilidade de transformar a pena em uma vingança social.

Por assim ser, a pena não deve e não pode ser aplicada em discordância com os princípios constitucionais e tão menos contrariando os mesmos, isto acarretaria um aviltamento expresso a Carta Maior, bem como, um sufrágio ao direito de um cidadão de quitar sua dívida com a sociedade de forma digna e justa.

A seguir, os princípios constitucionais disciplinadores da aplicação da pena.

#### **a) Princípio da humanidade das penas.**

A Constituição Brasileira arrola sanções vedadas a priori conferindo assim contorno ainda mais seguro a humanidade das penas: o artigo 5º, XLVII, da CF, proíbe a pena de morte (salvo nos casos de guerra declarada), bem como as penas perpétuas de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis. Mais, ainda, quando arrola a dignidade humana como fundamento do Estado Brasileiro (art. 1º, III), vincula toda nossa legislação com os valores do humanismo, tornando inconstitucional qualquer solução de conflitos que destoe de tal preceito.

A Constituição Federal, ainda em seu art. 5º, XLIX, garante a todos os presos o respeito a sua integridade física e moral.

A Lei de Execução Penal também, em seu art. 3º, garante ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, trazendo assim maior resguardo a dignidade do condenado.

Enfim, o condenado não perde, com a pena, sua condição humana.

#### **b) Princípio da individualização da pena.**

Indubitavelmente a execução da pena é o estágio em que se torna mais fácil à individualização da pena, pois a sujeição ao poder estatal dá aos agentes públicos totais condições de investigação sobre a pessoa do condenado, possibilitando-lhes o conhecimento das peculiaridades do sujeito, o tratamento individualizado é nada mais que uma decorrência necessária da isonomia, bem como de uma execução penal fundada na racionalidade, e não no primitivo espírito de vingança.

A individualização das penas, assim, que tem base constitucional (art. 5º, XLVI), é especificação do postulado de isonomia.

A partir da finalidade ressocializadora, é possível afirmar que o cuidado individualizado com o condenado é imperativo legal, necessário para que sejam atingidas as finalidades da punição, tendo o indivíduo o direito a assim ser tratado, e o Estado, dever de assim proceder não só para atender ao direito individual, mas também a toda sociedade que busca a eficácia do ordenamento.

#### **c) Princípio da coisa julgada – vedação ao excesso de execução.**

Conforme dispõe a LEP, a execução penal visa efetivar as disposições da sentença, ou seja, não pode ir além do autorizado pelo título executivo. Trata-se de clara especificação do princípio da legalidade penal, que tem como consectários o princípio da legalidade das penas, que impõe clareza sobre a sanção penal que paira como consequência da prática

delitiva, bem como máxima transparência sobre as condições nas quais a pena será executada. As consequências de tal princípio da legalidade são claras na teoria geral do processo, mas mais eficazes no processo civil, quando a execução a maior causa escândalo e, indiscutivelmente, são afastadas desde logo pela totalidade dos Tribunais. Estranho que o panorama não seja o mesmo na seara criminal, quando o cumprimento de pena em regime mais grave que aquele autorizado pela sentença não causa o mesmo escândalo, e subsista ainda posição jurisprudencial (minoritária) ratificando que a violência estatal efetivada seja maior que a disposta na sentença.

Hoje em dia, prevalece como ilegal e passível de imediata correção à violação da liberdade do condenado acima do admitido na decisão condenatória, ou mesmo do que consta das decisões em sede de execução penal, em cumprimento ao referido princípio do respeito à coisa julgada.

A sentença é ato normativo que resolve a situação concreta, em substituição a vontade das partes. O ato normativo genérico não pode prevalecer sobre ela, sendo possível, no máximo, havendo remédio processual, sua reforma.

#### **d) Princípio da personalidade da pena (ou intrascendência da pena).**

O art. 5º, XLV, da CF dispõe que a pena não deverá passar da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, conforme a lei, estendidas aos sucessores e contra eles executados, até o limite do valor do patrimônio transferido. Trata-se de máxima própria de um Direito Penal Democrático, em que a responsabilidade deve ser individual, sendo consectário da dignidade

humana a noção de que ninguém pode responder criminalmente além dos limites da própria culpabilidade.

Daí que a morte do agente extingue a punibilidade, o que impede que medidas restritivas tomadas no processo penal persistam após a morte do sujeito, ainda que relacionadas com o seqüestro de bens.

## **2.2. Conceito de Pena e Sistemas Prisionais.**

Para Luiz Vicente Cernicchiaro, a pena pode ser encarada sobre três aspectos, “substancialmente consiste na perda ou privação de exercício do direito relativo a um objeto jurídico; formalmente está vinculada ao princípio da reserva legal, e somente é aplicada pelo Poder Judiciário, respeitado o princípio do contraditório; e teleologicamente, mostra-se, concomitantemente, castigo e defesa social.”<sup>[1]</sup> (Cernicchiaro apud MIRABETE, 2000, p. 46).

Para Soler, a pena é “uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”. <sup>[2]</sup>(SOLER, apud MIRABETE, 2000, p. 246).

E mais, Fernando Capez (2002, p. 319), define pena como sendo uma,

sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.<sup>[3]</sup>

### 2.4.2 Sistemas prisionais.

Como observamos no tópico 2.2., as penas tinham uma natureza aflitiva, isto é, o corpo do agente pagava pelo mal que ele havia praticado.

A pena de prisão, ou seja, a privação da liberdade tem suas raízes fincadas na Idade Média. Segundo nos informa Manoel Pedro Pimentel, a pena de prisão “teve sua origem nos mosteiros da Idade Média, como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus”. (PIMENTEL, apud GRECO, 2008, p. 494).

Os sistemas penitenciários encontraram suas origens no século XVIII e tiveram, conforme preconiza Cezar Roberto Bitencourt, “além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdam, nos *Bridwells* ingleses, e em outras experiências similares realizadas na Alemanha e na Suíça. Estes estabelecimentos não são apenas um antecedente importante dos primeiros sistemas penitenciários, como também marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia”.<sup>5</sup>(BITENCOURT, apud GRECO, 2008, p. 492).

Dentre os sistemas penitenciários que mais se destacaram durante sua evolução, podemos citar os sistemas:

- Pensilvânico;
- Auburniano;
- Progressivo.



No sistema pensilvânico ou de Filadélfia, também conhecido como celular, o preso era recolhido à sua cela, isolado dos demais, não podendo trabalhar ou mesmo receber visitas, sendo estimulado ao arrependimento pela leitura da Bíblia.

Esse sistema recebeu inúmeras críticas, uma vez que, além de extremamente severo, impossibilitava a readaptação do condenado.

Posteriormente surgiu um novo sistema chamado de auburniano, a qual permitia o trabalho do preso na sua cela e conseqüentemente em grupos. Porém, era imposto um silêncio absoluto aos presos.

Esse sistema falhou necessariamente na regra desumana do silêncio, como também na impossibilidade do condenado receber visitas dos familiares, com a abolição do lazer e exercícios físicos.

Por fim iniciou-se o sistema progressivo, que estipulou a progressão do cumprimento de penas, a ser realizado em três estágios. No primeiro deles, denominado como período de prova, o preso era mantido completamente isolado; como progressão ao primeiro estágio, era permitido o trabalho comum, observando-se o silêncio absoluto, bem como o isolamento noturno, o terceiro período permitia o livramento condicional.

## **2.5 Classificação das Penas.**

De acordo com o art. 32 do Código Penal, as penas podem ser:

- 1) Privativas de liberdade
- 2) Restritivas de direitos;
- 3) Multa.

As penas privativas de liberdade para os crimes ou delitos são as de reclusão e detenção.

Já as penas restritivas de direitos, conforme a nova redação dada ao art. 43 do Código Penal pela Lei 9.714/98 é classificada em:

- 1) Prestação pecuniária;
- 2) Perda de bens e valores;
- 3) Prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas;
- 4) Interdição temporária de direitos;
- 5) Limitação de fim de semana.

A multa é de natureza pecuniária e o seu cálculo é elaborado considerando-se o sistema de dias-multa, que poderá variar entre um mínimo de 10 (dez) ao máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, sendo que o valor correspondente a cada dia multa será de 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos até 5 (cinco) vezes esse valor.

Segundo o art. 60, parágrafo 1º, do CP, poderá o juiz verificando a capacidade econômica do réu, triplicar o valor do dia-multa.

A seguir, passaremos a discorrer sobre cada espécie individualmente.

### **2.5.1 Penas privativas de liberdade.**

Há duas no Código Penal, quais sejam reclusão e detenção.

A pena privativa de liberdade vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, podendo aferir a proporcionalidade entre a sanção imposta em observância com o bem jurídico protegido.

A pena de reclusão e detenção possui diferenças expressas e significativas no bojo do Código Penal e no Código de Processo Penal, a seguir esplanadas:

- a) A pena de reclusão será cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. Já a de detenção deve ser cumprida em regime semi-aberto, ou aberto, exceto quando há necessidade de transferência a regime fechado (art. 33, *caput*, CP);
- b) Havendo concurso material, aplicam-se cumulativamente as penas de reclusão e de detenção, executando-se primeira aquela (arts. 69, *caput*, e 76 do CP);
- c) Em relação à medida de segurança, se o fato praticado pelo inimputável for punível com detenção, o juiz poderá submetê-lo a tratamento ambulatorial;
- d) Já em referencia a prisão preventiva, estando presentes os requisitos do art. 32 do CPP, poderá decretar nos crimes dolosos punidos com reclusão; em contrapartida nos casos de detenção, somente será admitida a prisão preventiva quando o indiciado for vadio, e havendo dúvida sobre a sua identidade (art. 313, I e II, do CPP).
- e) A autoridade policial, por sua vez, poderá concede fiança nas hipóteses das infrações punida com detenção (art. 322 do CPP).

- f) No caso dos crimes dolosos contra a vida punidos com reclusão, e, portanto inafiançáveis, a intimação sempre será feita ao réu pessoalmente (art. 414 do CPP).

Convêm ressaltar que a Lei de Contravenções Penais possui a sua pena privativa de liberdade, qual seja a prisão simples.

A prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário em estabelecimento especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto. O condenado a prisão simples deve ficar separado dos condenados à reclusão o detenção.

#### **2.5.2 Penas restritivas de direitos.**

Em alguns casos, previstos em nosso ordenamento jurídico, é possível substituir a pena privativa de liberdade ou de prisão por outras alternativas, a fim de evitar o contato de presos menos perigosos com aqueles com alto grau de periculosidade.

Assim as penas restritivas de direitos são penas autônomas, constituindo um efeito principal da condenação e substitutivas porque só podem ser aplicadas em substituição, sendo possível perceber que para sua aplicação é necessário que o juiz dose a pena privativa de liberdade e depois a substitua por pena restritiva de direito.

Assim definem-se como penas restritivas de direitos no entendimento do nobre Damásio de Jesus, “a sanções e medidas que não envolvam a perda de liberdade”.[\[4\]](#)

De acordo com a eximia obra do ilustre Fernando Capez as Alternativas Penais “são as opções oferecidas pela lei penal a fim de que evite a pena privativa de liberdade”.[\[5\]](#)

As Penas Restritivas de Direitos ou Penas Alternativas em sua essência possuem objetivos de cunho social e econômico visto que, se preocupam diretamente em evitar o encarceramento dos infratores penais, a fim de que os mesmos se conscientizem de sua responsabilidade jurídico-social perante a sociedade, e possam reabilitar-se de forma saudável.

No caso se faz mister mencionar o culto Fernando Capez, que disciplina:

As penas alternativas procuram atingir as seguintes metas: a) diminuir a superlotação dos presídios e reduzir os custos do sistema penitenciário; b) favorecer a ressocialização do autor do fato, evitando o deletério ambiente do cárcere e a estigmatização dele decorrente; c) reduzir a reincidência, uma vez que a pena privativa de liberdade, dentre todas, é a que detêm o maior índice de reincidência; d) preservar os interesses da vítima.[\[6\]](#)

Agora, podemos passar para a classificação das penas restritivas de direitos ou penas alternativas, se assim queiram.

#### **2.5.2.1 Classificação das penas restritivas de direitos.**

As penas restritivas de direitos classificam-se em genéricas e específicas: **Específicas:** são aquelas que se aplicam apenas a crimes determinados, ou seja, que exigem relação entre a espécie de crime e a espécie de pena. **Genéricas:** são as demais, que substituem as penas de quaisquer crimes.

Desse modo classificam-se assim as penas restritivas de direitos:

- a) Prestação pecuniária;
- b) Perda de bens e valores;
- c) Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;
- d) Interdição temporária de direitos;
- e) Limitação de fim de semana.

**a) Prestação pecuniária.**

Nada mais é que o pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou entidades públicas ou privadas com destinação social, e de importância fixada pelo juiz, entre 1 e 360 salários-mínimos.

Devem-se observar alguns requisitos quando o juiz aplica tal pena, quais sejam:

- a vítima e seus dependentes têm prioridade no recebimento da prestação pecuniária, vindo somente depois às entidades públicas e privadas;
- a condenação não pode ultrapassar o limite estipulado em lei, que é no mínimo 1 salário mínimo e no máximo 360 salários;

- o valor pago a vítima e seus descendentes serão deduzidos do valor total em ação de reparação civil, se os beneficiários forem coincidentes.

Neste caso, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza, também chamada de **prestação inonimada**, sendo qualquer prestação que possua um valor econômico, mas que não consista em pagamento em dinheiro.

Fala-se sobre a inconstitucionalidade de tal previsão, mas é entendimento majoritário que tal espécie é possível desde que à prestação não fira a dignidade da pessoa humana.

#### **b) Perda de bens e valores.**

Trata-se de pena que impõe ao condenado perda em favor do Fundo Penitenciário Nacional do montante que tem como teto o prejuízo causado ou a vantagem conseguida com a prática do crime.

Destacando a diferença entre a perda de bens e valores e o confisco, Luiz Flávio Gomes entende que: “só cabe o confisco dos instrumentos do crime (*instrumenta sceleris*) e dos produtos do crime (*producta sceleris*) ou do proveito obtido com ele (CP, art. 91), isto é, bens intrinsecamente antijurídicos; por seu turno, a perda de bens e valores não requer sejam bens frutos do crime (*fructus sceleris*). O que o condenado vai perder são seus bens ou valores legítimos, os que integram seu patrimônio lícito. Nesse caso, portanto, dispensa-se a prova da origem ilícita deles”. (GOMES, apud GRECO, 2008, p. 540).

Ainda há de se falar que apesar da anotação do art. 5º, XLV da Constituição Federal, que, embora, alude que nenhuma pena passará da

pessoa do condenado ressalva-se a possibilidade de a obrigação de reparar o dano e o perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidos aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

**c) Prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas.**

Consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas em escolas, hospitais, clubes, entidades assistenciais, sendo que as tarefas que lhe serão atribuídas devem respeitar as suas aptidões, sendo calculadas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixada de forma a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

As tarefas são gratuitas, não admitem nenhum tipo de remuneração.

Somente será aplicada nas condenações superiores a 6 meses de pena privativa de liberdade.

Porém, se a pena substituída for superior a 1 ano, é facultado ao condenado a cumprir a pena em menor tempo (art. 55 do CP), mas nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

**d) Interdição temporária de direitos.**

Subdividem-se em quatro espécies, a saber:

- Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, ou mandato eletivo;
- Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;



- suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;
- proibição de frequentar determinados lugares.

Tem, por expressa previsão legal, a mesma duração da pena substituída.

A primeira, qual seja, proibição do exercício de função pública ou mandato eletivo só é aplicado os crimes cometidos no exercício de função ou mandato, com violação dos deveres que lhe são inerentes.

A segunda – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependa de habilitação especial licença ou autorização do Poder Público – só pode ser aplicada nos crimes cometidos no exercício das referidas profissões, atividades ou até ofício com a quebra dos deveres que lhe são inerentes.

A terceira por sua vez – suspensão de habilitação para dirigir veículo – só é aplicada aos delitos culposos de trânsito.

Na quarta e ultima espécie - proibição de frequentar determinados lugares – estes devem, em regra, ser especificados.

#### **e) Limitação de fim de semana.**

Segundo o art. 48 do CP, a limitação de fim de semana é a obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Durante a sua permanência em tais locais, poderá ser ministrado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

#### **2.5.3 Pena de multa.**

A pena de multa é o pagamento ao Fundo Penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa.

A pena de multa deve ser fixada em o numero de dias-multa e o valor de dias-multa a ser paga pelo condenado. O número poderá variar de, no mínimo, 10, e no máximo, de 360 dias-multa, sendo fixada pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do valor do maior salário-mínimo mensal vigente à época do fato, nem superior a cinco vezes esse salário (art. 49, parágrafo 1º, do CP). Na fixação da pena de multa, o juiz deverá atender, essencialmente, à situação econômica do réu, podendo seu valor ser aumentado até o triplo se o magistrado considerar que é ineficaz embora aplicada no máximo.

A aplicação da pena de multa deve obedecer, principalmente a dois critérios, que são:

- encontrar o número de dias-multa a ser aplicado, atendendo-se ao critério trifásico do art. 68 do Código Penal;
- atribuir o valor de cada dia-multa considerando-se a capacidade econômica do sentenciado.

A multa pode ser prevista na legislação de forma **isolada**, como nas contravenções penais. Ainda, pode ser discriminada de modo **alternativo**, isto é, será imposta pena privativa de liberdade ou multa. E pode ser **cumulada**, quer-se dizer imposta pena privativa de liberdade e multa. E por fim, pode ser **vicariante ou substitutiva**.

A multa **vicariante ou substitutiva** é aquela que o juiz pode SUBSTITUIR a pena privativa de liberdade por pena de multa. É um benefício para o agente.

Mas para que tal instituto ocorra é necessário preencher alguns requisitos, a seguir especificados:

- Pena aplicada igual ou inferior a um ano;
- Que o condenado não seja reincidente, ou, sendo, que não seja pelo mesmo delito e a medida seja recomendável frente à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do condenado, motivos e demais circunstâncias do fato.

É necessário dispor também que atualmente a conversão de multa em detenção é proibida, conforme a Lei 9268/96, por motivo de que o não pagamento da multa acabava sendo mais grave que o próprio crime, devendo, ainda, ser repelida a prisão por dívida. A redação do art. 51 do CP foi, portanto alterada. Assim, hoje o não pagamento da pena de multa permite apenas que ela seja considerada dívida de valor, sendo, então aplicada às normas da legislação relativa a dívida ativa da Fazenda Pública.

## **2.6 Função da Pena.**

Nota-se, que existem diversas correntes que procuram justificar a aplicação da pena a partir de suas finalidades. Podem-se dividir tais funções em 2 teorias: teoria retributiva ou absoluta e teoria preventiva ou relativa.

Porém, inicialmente, antes de discorrer sobre as finalidades se faz precípua a análise de uma forma ampla e geral do que tenha se

transformado a pena atualmente, bem como a sua representatividade frente à sociedade.

Desse modo, a pena passou a ter um caráter extremamente banal e vingativo, sendo hoje em dia uma vingança social aos infratores da lei. Seu caráter de prevenção e correção há muito tempo ficou esquecido e alterado pela sociedade e seus aplicadores.

Vislumbra-se a falta de função e principalmente a negligência em se adotar uma medida eficaz frente aos delitos cometidos. Assim, o que era para ser uma medida capaz de conter a criminalidade e amedrontar os possíveis infratores, tornou-se, mais uma forma ineficiente e de pouca aplicabilidade no mundo jurídico.

Ainda temos que a aplicação da pena se afasta e muito dos princípios constitucionais explícitos na Constituição Federal não sendo respeitado os mesmos, ferindo e desprezando as devidas condições para o cumprimento da pena e desprezando a sua devida função de ressocializar e converter o condenado.

Agora, podemos voltar ao estudo das funções ou finalidades da pena.

### **2.6.1 Teoria absoluta.**

Vem da concepção de justiça enquanto igualdade, isto é, ao mal do crime o mal da pena. Essa teoria teve origem na ideia do Talião.

Sendo assim, não se pune para que algo ocorra, mas porque o crime foi cometido. Esta corrente por sua vez, não tem um fundamento racional, pois não busca um fim de pacificação social ou a própria redução da violência, assemelhando-se, portanto, a vingança.

Nota-se que na reprovação reside o caráter retributivo da pena. É o que nos ensina Roxin, “a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de uma mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria absoluta porque para ela o fim da pena é independente, desvinculado de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense”. (ROXIN, apud GRECO, 2008, p. 489).

A sociedade, conseqüentemente, contenta-se com a finalidade, uma vez que tende a se satisfazer com essa espécie de compensação feita pelo condenado, desde que a pena seja privativa de liberdade.

### **Teorias relativas.**

Esta teoria se fundamenta claramente no critério da prevenção, ou seja, pune-se com fins preventivos, podendo ser dividida em duas espécies: geral e especial. Por sua vez a prevenção geral divide-se em duas subespécies: positiva e negativa, como também a especial.

Temos então:

Prevenção geral:

- a) Negativa
- b) Positiva.

Prevenção especial:

- a) Negativa
- b) Positiva.

- **Prevenção geral negativa ou prevenção por intimidação**, à pena aplicada ao infrator tende a refletir junto à sociedade, intimidando, assim, as demais pessoas que se encontra com os olhos voltados na condenação do infrator, reflitam antes de praticar qualquer infração penal.

Por assim ser, a prevenção geral negativa tem grande força por fazer coro a crença de que o exemplo do castigo é capaz de trazer freios ao infrator. Porém, as críticas começam pela falta de demonstração segura da eficácia do modelo com base em estudos. Como também pela instrumentalização do indivíduo, que deixará de ser considerado como fim em si passando a ser instrumento de castigo. Por fim pela tendência de se transformar o direito penal do terror, visto que com aumento da violência as penas tendem a aumentar até alcançar castigos desmedidos e incompatíveis com os ideais democráticos, afrontando principalmente os princípios informadores da pena expressos na Constituição Federal.

Assim segundo Hassemer, “a intimidação como forma de prevenção atenta contra a dignidade da pessoa humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação das outras e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se necessariamente em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como:- o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações, e - a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem

precisamente em decorrência da cominação e aplicação das penas”. (HASSEMER, apud GRECO, 2008, p. 492).

**Já a prevenção geral positiva** procura difundir no seio da sociedade certos valores, do respeito a determinadas normas, exercitando a fidelidade e respeito ao direito, e promovendo em ultimo caso a reintegração social. Esta teoria teria como vantagem a inexistência da relação direta entre a dureza da sanção e a comunicação de vigência da norma. Entretanto, não atingiria somente os delinquentes, mas também toda a comunidade, gerando conseqüentemente a instrumentalização do homem e falta da comprovação da eficácia.

- **Prevenção especial negativa** procura neutralizar o delinquente, ficando segregado da sociedade por meio do cárcere, não podendo praticar outros delitos. Esta teoria tem como ponto positivo a eficácia plena, pois não há como o sujeito isolado ou morto lesar o meio social. Por outro lado sofre severas criticas por ferir o Estado Democrático de Direito, pois gera destruição do individuo. Ocorre também a lado pouco humanitário da sanção, gerando na sociedade um sentimento de pouca solidariedade e compaixão com seus pares.

- **Prevenção especial positiva** aqui procura punir para buscar a ressocialização do condenado. Temos então que a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos, futuras infrações penais. Nota-se aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o delinquente medite sobre o crime, analisando suas conseqüências, inibindo-o ao cometimento de outros.

Vislumbra-se a vantagem de se preocupar com o condenado, buscando a sua readaptação ao meio social. Contudo a crítica vem pela inviabilidade prática da proposta, pois não se consegue, em regime econômico dependente da pobreza, conceder benefícios maiores ao preso do que aos mais miseráveis dos homens livres.

Na verdade tal critério ainda não pode ser imposto à sociedade, pois mais que um simples problema do Direito Penal, a ressocialização é um problema político-social. Enquanto não houver vontade política e uma abordagem séria sobre as condições sociais da população brasileira de nada vai adiantar teorias e teses a respeito de como ressocializar o detento, até porque não serão viáveis e tão menos satisfatórias.

Para Raúl Cervini, (2008), a prisão, como sanção penal de imposição generalizada não é uma instituição antiga e ultrapassada, é que as razões históricas e sociais para manter uma pessoa reclusa, foram inicialmente, o desejo de que mediante a privação de liberdade retribuísse à sociedade o mal causado por sua conduta delituosa. Atualmente, nenhum especialista e muitos da sociedade entendem que as instituições de custódia não estão desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da Prisionização do detento, a potencialidade criminalizante e degradante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da massificação, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição atrapalha qualquer possibilidade de tratamento eficaz e os altos índices de reincidência são por si só alarmantes. Além do mais,



a carência de meios de instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama.

Portanto, o que nota-se é a total inviabilidade dos métodos utilizados para tentar reabilitar o detento, em nenhum momento de fato a ressocialização ocorre e tão menos a utopia de que o detento sairá apto a viver novamente na sociedade sem malferir nenhum direito alheio.

A ressocialização é de suma importância desde que realizada corretamente e atendendo ao fim a qual foi criada. Porém em um país em que a população não possui um mínimo de condições de sobrevivência, torna-se quase impossível pensar em reabilitar um condenado e deixá-lo em condições necessárias para viver no meio da sociedade.

### **CONCLUSÃO.**

O legislador no decorrer dos tempos foi se adaptando as novas mudanças sociais, políticas e econômicas que surgiam e tentando de certo modo criar um ordenamento que viesse de encontro aos anseios da sociedade.

Inicialmente a pessoa do legislador era primitiva, bem como as práticas aplicadas aos infratores, porém com o decorrer dos anos as relações sociais foram se tornando complexa e a forma de punir os infringidores da lei também.

Assim a pena começou a se adaptar a cada fase social, em um primeiro momento a pena era sacral, posteriormente passou a aplicar a Lei do Talião, e conseqüentemente com o surgimento da Democracia e a revelação dos Direitos Humanos de cada indivíduo a sociedade obrigatoriamente teve que se adaptar a um novo modelo democrático e mais humanitário. Por bem, a pena passou pelo menos no papel, a possuir um caráter totalmente

ressocializador e corretivo, com o intuito precípua de reabilitar o condenado para o retorno ao seio da sociedade de modo saudável e responsável. A pena deveria, conforme a letra da lei, e nossos legisladores, ser um meio de curar os apenados e não de castigá-los.

Entretanto, nota-se uma total inversão dos objetivos traçados, discutidos e promulgados da nossa lei, o que era uma bela ideologia de democracia e, sobretudo de respeito ao princípio da dignidade humana e o respeito à integridade física e moral de todas as pessoas, tornou-se um cenário de crueldade e vingança social.

Explica-se, a lei, ou melhor, a pena teve seu caráter punitivo totalmente deturpado por nossos legisladores e porque não dizer pela nossa sociedade, a função mister de reabilitar e reeducar para a volta a sociedade passou a ser punir, degradar e vingar pelos erros cometidos. A pena, não teve tão somente uma inversão total de valores, mas sim uma inversão total dos seus princípios. Se esta fosse somente maltratada de forma sistemática pelos nossos legisladores, porém tivessem sendo respeitados os seus fundamentos básicos, era até aceitável, agora ter totalmente a sua essência modificada por todos de maneira absurda e inaceitável, torna o cenário preocupante. Pena é uma medida Ressocializadora, qualquer que seja seu instituto ou modo de aplicação, não pode tornar-se uma forma de vingança sem limites e critérios. Pena é ressociação, recuperação e reabilitação do infrator, essas palavras não podem e nem devem ser substituídas pelas primeiras.

Os legisladores não devem usá-la como manobra política a fim de evitar o crescimento desordenado da violência e a pobreza social. Esta não

deve servir de válvula de escape para políticos ineficientes e pouco ortodoxos na condução de uma sociedade civil.

### REFERÊNCIAS

ALCADE, Luisa, Superlotação Carcerária Ameaça Implodir Sistema em São Paulo. Isto É, São Paulo, n 1560, ago. 1999.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas, São Paulo: 11ª Edição, Hemus, 1995.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Pena, São Paulo: 4ª Edição, Saraiva, 2002.

COLMAN, Silvia Alapanian e DUARTE, Evaristo Emigidi Colmam (2001), Sistema Penitenciário e Serviço Social, [www.google.com.br](http://www.google.com.br).

GOMES, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas à Prisão, São Paulo: 2ª Edição, Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral, Rio de Janeiro: 10ª Edição, Impetus, 2008.

ILANUD/IBCCRIM – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do delinqüente e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Implementação de Programas, n 07, 1998.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano; FULLER, Paulo Henrique. Legislação Penal Especial, São Paulo: 5ª Edição. Premier, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo: 6ª Edição. Atlas, 2008.

### NOTAS:

[1] BUSHATSK, José. Estrutura do direito penal. In: MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. São Paulo: 16ª ed. Atlas, 2000, p. 246.

[2] Ibidem, p. 246.

[3] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 319.

[4] JESUS, Damásio E. **Penas Alternativas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.28.

[5] CAPEZ, op.cit., p.34

[6] CAPEZ, op.cit., p.34

## COMENTÁRIOS AO DECRETO Nº 7.387/2010: SINGELAS EXPLICITAÇÕES AO INVENTÁRIO NACIONAL DA DIVERSIDADE LINGUÍSTICA

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** O objetivo do presente está assentado na análise do Decreto nº 7.387/2010, responsável por instituir o Inventário Nacional da Diversidade Linguística. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais

indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

**Palavras-chaves:** Patrimônio Cultural. Tutela Jurídica. Diversidade Linguística.

**Sumário:** 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Comentários ao Decreto nº 7.387/2010: Singelas Explicitações ao Inventário Nacional da Diversidade Linguística.

---

### **1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental**

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua

estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*<sup>[1]</sup>. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço

axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que



derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*<sup>[4]</sup>. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade<sup>[5]</sup>. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e

solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais

indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

## **2 Comentários à concepção de Meio Ambiente**

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos,

provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da aceção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do

conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação

e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que

o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-

se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

### **3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios**

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre



homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental”[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de

ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial Nº 115.599/RS:

**Ementa:** Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada

identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja

artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

#### **4 Comentários ao Decreto nº 7.387/2010: Singelas Explicitações ao Inventário Nacional da Diversidade Linguística**

Em sede de comentários introdutórios, cuida esclarecer que o Decreto nº 7.387, de 09 de dezembro de 2010, foi responsável por instituir o Inventário Nacional da Diversidade Linguística, sob gestão do Ministério da Cultura, como instrumento de identificação, documentação, reconhecimento e valorização das línguas portadoras de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. O Inventário Nacional da Diversidade Linguística será dotado de sistema informatizado de documentação e informação gerenciado, mantido e atualizado pelo Ministério da Cultura, de acordo com as regras por ele disciplinadas. As línguas inventariadas deverão ter relevância para a memória, a história e a identidade dos grupos que compõem a sociedade brasileira. Ao lado do exposto, a língua incluída no Inventário Nacional da Diversidade Linguística receberá o título de “Referência Cultural Brasileira”, expedido pelo Ministério da Cultura.

O Inventário Nacional da Diversidade Linguística deverá mapear, caracterizar e diagnosticar as diferentes situações relacionadas à pluralidade linguística brasileira, sistematizando esses dados em formulário específico. As línguas inventariadas farão jus a ações de valorização e promoção por parte do poder público. Os Estados, o Distrito Federal e os

Municípios serão informados pelo Ministério da Cultura, em caso de inventário de alguma língua em seu território, para que possam promover políticas públicas de reconhecimento e valorização. No mais, o Ministério da Cultura instituirá comissão técnica com a finalidade de examinar as propostas de inclusão de línguas no Inventário Nacional da Diversidade Linguística, integrada por representantes dos Ministérios da Cultura, da Educação, da Justiça, da Ciência e Tecnologia e do Planejamento, Orçamento e Gestão. Os membros da comissão técnica serão indicados pelos titulares dos órgãos que o integram e designados pelo Ministro de Estado da Cultura. A comissão técnica poderá convidar representantes dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que possuam línguas cuja inclusão no Inventário Nacional da Diversidade Linguística tenha sido indicada, bem como especialistas para participarem de suas discussões e atividades.

A comissão técnica poderá contratar consultores, de acordo com a legislação aplicável, para a discussão e exame de questões específicas. A coordenação da comissão técnica será exercida pelo Ministério da Cultura, que prestará o apoio administrativo e os meios necessários à execução das atividades do colegiado. A participação na comissão técnica será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada. Poderão propor a inclusão de línguas no Inventário Nacional da Diversidade Linguística à comissão técnica, órgãos e instituições públicas federais, estaduais, distritais e municipais, entidades da sociedade civil e de representações de falantes, conforme normas a serem expedidas pelo Ministério da Cultura.

**Referência:**

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei N° 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 23 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <[www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br)>. Acesso em 23 jul. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em 23 jul. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em 23 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

## NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 23 jul. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 23 jul. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.



[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

[7] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 23 jul. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 23 jul. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] *Idem.* **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 23 jul. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf)>. Acesso em 23 jul. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas

circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <[www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br)>. Acesso em 23 jul. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

## DA INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS EM RELAÇÃO AOS MILITARES E AS SINDICÂNCIAS

**LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE:** Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

O direito à ampla defesa e ao contraditório encontra-se consubstanciado no Princípio do Devido Processo Legal previsto nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e a sua inobservância acarretaria nulidade insanável de todos os atos administrativos e judiciais, quando não permitido seus exercícios.

É indispensável registrar que a administração pública encontra na execução de seus atos, vinculação direta aos preceitos Constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No processo administrativo, culmina sobre a administração pública a observância ao princípio da legalidade objetiva, que, conforme ensinamentos de Diógenes Gasparini:

“Só permite a instauração do processo administrativo com base na lei e para preservá-la. Ademais, em todo o seu transcorrer não se pode deixar de atendê-lo. Desse princípio, com apoio em Giannini, diz Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 580) que o processo administrativo ao mesmo tempo que ampara o particular serve ao interesse público na

defesa da norma jurídica objetiva, visando manter o império da legalidade e da justiça no funcionamento da Administração Pública. Todo o processo há de fundar-se em norma legal específica para a satisfação desse princípio, sob pena de invalidade.

Na ânsia descomedida, de querer aplicar à Justiça aos seus próprios olhos e maneira, muitas vezes a própria administração pública acaba finalmente por cometer a barbaridade de ignorar os preceitos legais constitucionalmente assegurados a todo e qualquer processo, seja este judicial ou não, de maneira que seus atos administrativos - jurídicos revelam-se visceralmente nulos, sem qualquer efeito legal, pela pressa e desconsideração de preceitos legais.

Quando alguém ou alguma instituição possui seu processo administrativo ou judicial, julgados ao arrepio da lei, de forma que o conhecimento á demanda movida em seu desfavor ocorra somente em momento posterior, indo na contra mão do prescrito na Carta Magna, é forma imperialista, desumana e antijurídica, senão ditatorial, na promoção de tais atos, devem ser de pleno direito reconhecidos como nulos em sua integralidade.

Assim, face à ausência do direito da ampla defesa no processo administrativo, cabível é a prescrição do inciso LV do art. 5º da CF/88 prevê que:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Outras legislações infraconstitucionais como o Código de Processo Civil também buscam garantir a isonomia processual

“Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;”

Assim, verifica-se que a desobediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa deve obrigatoriamente acarretar a nulidade de todo o procedimento judicial ou administrativo.

O princípio do contraditório e da ampla defesa abrange não somente os atos processuais relativos ao desenvolvimento de uma sindicância, por exemplo na seara administrativa, tais como, acompanhamento de depoimentos, declarações, produção de provas técnicas e defesa propriamente dita, mas, sobretudo, a necessidade das legislações específicas sobre o caso concreto.

A abrangência de tais direitos constitucionalmente previstos alcança também, a necessidade de previsão recursal, por ser necessária consequência dos direitos inerentes ao cidadão.

O preceito constitucional da ampla defesa e do contraditório se harmonizam perfeitamente com o direito estatuído no art. 156 da Lei n.º 8.112/90, considerando que a segurança jurídica somente será completa se



todos os atos praticados contra o direito do afrontado forem devidamente acompanhados pelo mesmo.

O exercício da ampla defesa tem que ser completo, assegurando á todas as partes do processo, judicial ou administrativo, indistintamente, o acompanhamento total do processo, em todas as suas fases, o fazendo inclusive no momento da realização de provas técnicas e testemunhais, participando da oitiva de testemunhas, inclusive, podendo realizar perguntas, formular quesitos, ou seja, tudo aquilo previsto em lei.

O estado de direito não admite que o autor seja punido sem que tenha exercido amplamente seus direito constitucionalmente assegurados a ampla defesa e o contraditório, com todos os recursos a ela inerentes.

Quando lhe é negado o exercício amplo á esses direitos, ou se é invertido a ordem natural do processo judicial ou administrativo, impedindo assim qualquer das partes acompanhe todas as fases do procedimento sem exercer a ampla defesa e o contraditório, a autoridade estará violando os direitos e as garantias previstas na Constituição Federal.

A constituição não existe apenas para ser um mero referencial, ela é a norma fundamental, jamais podendo ser inobservados!

Este tem sido o entendimento de nossa jurisprudência, vejamos:

MILITAR. DETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE SEM A OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DANOS MORAIS. VERBA HONORÁRIA. O ato que determina a detenção de militar - que importa restrição ao direito da parte -

, deve, necessariamente, ser precedido de regular procedimento administrativo, de modo a fornecer ao administrado a possibilidade de ser ouvido durante a instrução e permitir-lhe o pleno exercício de defesa. Ainda que a pena de detenção seja absolutamente procedente para determinados casos, deve ser precedida do devido processo legal, pois isso não justifica o cerceamento do direito do militar de defender-se amplamente. No caso dos autos, em face da insubsistência da fundamentação do ato, além de não ter sido proporcionado o contraditório, nem a ampla defesa, acarretou a determinação e nulidade do ato exarado pela administração. (AC nº 20017112001185-0/RS, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Edgard A. Lippmann Júnior, DJU de 21/07/2004, p. 698).

MILITAR. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO DO ASPECTO FORMAL DO ATO ADMINISTRATIVO. SINDICÂNCIA. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. DEVIDO PROCESSO LEGAL. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. 1. Sob o pálio da CF/88, é inafastável o controle do Poder Judiciário da legalidade do ato administrativo, inclusive de autoridade militar. É nula a punição disciplinar quando não resulta do devido processo legal e quando

não propiciado do servidor o direito ao contraditório. Simples sindicância não guarda consonância com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não podendo dar causa a sanção disciplinar. 2. Improvimento da apelação e parcial provimento da remessa oficial. (AC nº 19997110009655-4/RS, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo T. Flores Lenz, DJU de 23/04/2003, p. 266).

MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO. ILEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. (...) 2. Os processos disciplinares militares não estão imunes à garantia constitucionalmente assegurada do contraditório e ampla defesa, insculpida no INC-55 do ART-5. As sindicâncias são processos administrativos e devem respeitar os princípios constitucionais a eles atinentes. (AMS nº 9604041789/RS, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. José Luiz B. Germano da Silva, DJ de 15/07/1998, p. 316).

Desta maneira, o direito ao contraditório e ampla defesa vai ainda muito além no procedimento administrativo, de modo que a legislação deverá prescrever quais as transgressões disciplinares e as penalidades a elas impostas, sob pena de absoluta ilegalidade, conforme anteriormente afirmado.

Se o processo administrativo desrespeita os princípios da administração pública, quais sejam, o da legalidade, da impessoalidade, durante todo o procedimento administrativo, este deve ser de um todo anulado.

Quanto a moralidade, se todo o procedimento de apuração for realizado de maneira contrária a CF/88, não se pode dizer que a sindicância, exemplo na seara administrativa, tenha atendido ao princípio da moralidade, principalmente por representar interesses diversos do objeto pleiteado.

No que tange a publicidade face a falta de informação, falta de conhecimento e participação em todos os atos por parte do prejudicado, em qualquer que seja o procedimento, este não se prestará ao fim almejado, colocando todo o procedimento contrario ao principio da eficiência.

Não podemos esquecer do princípio da verdade real, que deve ser atingido em qualquer que seja o procedimento, pois a verdade real consiste na busca pelo o que realmente aconteceu, revelando-se bem diferente da verdade formal, que é aquela produzida no processo civil, enquanto esta deverá ser produzida nos processos administrativo e judicial.

Do exposto, inegável o respeito ao direito constitucional de todas as partes envolvidas num litígio/demanda, assegurando-lhes à ampla defesa no processo judicial e também no administrativo, caso contrário, todo o procedimento e processo serão nulos de pleno direito, bem como todos os atos decorrentes destes.

## SISTEMA PRISIONAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PUNIÇÕES

**JAQUELINE SILVA DA ROCHA:** Chefe de Serviços Especiais na Prefeitura do Rio Grande e Procuradoria Jurídica. Graduada em Direito.

**Resumo:** De forma concisa pretende-se analisar a evolução das punições por meio de cada período da sociedade a fim de fazer com que se torne evidente as transformações nos métodos de aplicação da pena. Por conseguinte, averiguar-se-á os aspectos gerais da Lei de Execução Penal (LEP) demonstrando que o fim da pena não mais reside na punição corporal, mas sim na ressocialização com o fito de preocupar-se com a pessoa humana detentora de direitos.

**Palavras-chave:** Evolução; sistema prisional; execução penal; direitos do preso.

**Sumário:** Introdução. 1. Breve histórico sobre a execução da pena. 1.1. Código de Hamurabi. 1.2. Lei das Doze Tábuas. 1.3. Código de Justiniano. 1.4. Os Tribunais de Inquisição. 2. Aspectos Gerais da Execução Penal. 3. Dos Direitos do Preso. 4. Conclusão. 5. Referências.

---

### Introdução

A história do Direito Penal surgiu quando o homem começou a habitar a terra e viver em grupos, os quais acreditavam em fenômenos do mau que se materializavam em seu meio quando forças divinas conhecidas como “totem” estavam zangadas pela realização de uma ação que demandava reparação. Sendo assim, foram criadas uma série de proibições chamadas de “tabu”, que quando não cumpridas acarretavam em punições, as quais foram tomando forma conforme a evolução humana.

Entretanto, a evolução na forma de punir vem sofrendo lentas progressões, as mudanças ocorridas no Direito Penal não apresentam grandes rupturas. O código 1940 completa 75 anos e suas normas em grande maioria estão obsoletas e desatualizadas, não houve até o momento uma reforma que aliasse o CP a realidade vivenciada atualmente, já que, crimes praticados há 75 anos atrás não se comparam com os praticados hoje. Ademais, deveria haver uma sincronia do código com a execução da pena, pois de nada adianta lançar sentenças condenatórias que não correspondam com o objeto da execução.

O Código Penal instaurado em 1940 apresentava um sistema de punições preocupado apenas com a prática do delito, não havia responsabilidade por parte do Estado com o preso, por isso em 1984 foi instituída a Lei 7.210, a qual o Estado passa a tutelar o condenado, legitimando a pena por meio de direitos e garantias.

A partir disso a pena passou a ser delimitada, seu objetivo não residiria mais no medo ou na vingança, mas sim na ressocialização/reeducação do agente com o propósito de reinseri-lo na sociedade sem ser considerado um perigo para a paz social. Como já mencionado, além do propósito ressocializador a Lei de Execução Penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisões criminais e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, conforme menciona o artigo 1º da referida Lei.

Da mesma maneira a Lei igualmente assevera benefícios ao agente quando preso, assegura a Exposição de Motivos no item 65, da mencionada Lei, que tornar-se-á inútil, contudo, a luta contra os efeitos nocivos da prisionalização, sem que se estabeleça a garantia jurídica dos direitos do

condenado. Sendo assim, mesmo em execução o apenado conserva todos os direitos não atingidos pela pena, pois, caso contrário, a mesma passa a ter as mesmas características de tempos passados.

### **1. Breve histórico sobre a execução da pena**

O direito penal é uma ciência que estuda o sistema de interpretação da legislação penal, seu surgimento se deu com o próprio homem e através da evolução deste a matéria penal igualmente sofreu modificações, ou seja, a execução da pena passou por diversos períodos ao longo do tempo, sendo assim se faz necessário compreender como se deu este processo.

Em tempos pretéritos as civilizações não tinham um amplo conhecimento do que significava punir, elas simplesmente castigavam aqueles que violavam a harmonia da civilização. A partir disso, surgiu a vingança privada ou autotutela (autodefesa), sendo o ato de executar ou castigar outro indivíduo através de uma vontade própria.

De acordo com Cintra; Grinover e Dinamarco (2009, p. 27):

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares).

Percebe-se que a autotutela apresentava as seguintes características, ausência de juiz para compor a lide e a obrigação de uma das partes fazer o que a outra impôs, sem que houvesse um mediador para avaliar o caso

concreto. Convém mencionar também que não existia apenas aquela como forma de solução privada de conflitos, mas igualmente a autocomposição (compõe o atual bojo jurídico) e a sua especialidade se resume em uma das partes ou até mesmo ambas abrirem mão do mérito.

Foi através da vingança privada que surgiram diversas formas de penas cruéis, pois a ausência de um instituto direcionado para o delito acabou gerando execuções em que a desproporcionalidade entre delito e pena tornava-se acentuada. Diante deste contexto a história da execução da pena, em sua origem remota, nada mais significava senão a vingança, revide à agressão sofrida, desproporcionada com a ofensa e aplicada sem preocupação de justiça, de acordo com Mirabete; Fabbrini (2007, p. 16). Percebe-se que a falta de um compilado que regulasse as relações privadas acarretava execuções injustas preocupadas com a satisfação particular.

Segundo Carnelutti (2011, p.76), até um determinado ponto, o problema do delito e da pena deixa de ser um problema judiciário para ser também um problema moral. Observa-se que cabe também a sociedade fazer uma análise do que significa execução penal, situação inexistente no período da vingança privada, pois cada indivíduo se preocupava com a sua pretensão pessoal e não com justiça.

Diante disto, supõe-se que, uma sociedade moralmente justa trabalha pautada no cerne da justiça, e isso não significa aplicar o direito com as próprias mãos, mas sim por meio de uma força legítima, por isso a sociedade passou a se ver limitada por Leis que têm o condão de garantir direitos e deveres para uma coletividade. Desta forma, cada indivíduo se vê limitado a não fazer tudo o que pensa, pelo contrário, fará tudo o que a lei



não proibir, assim estabelecendo um limite sobre as ações de cada cidadão e pondo fim a vingança privada.

É interessante ressaltar que atualmente cabe ao Estado o direito de punir, o *jus puniend*, entretanto, deve também repousar na sociedade o interesse de que a punição se execute de forma justa a fim de permitir o retorno do agente com as mínimas condições de convívio social, caso contrário ele sairá mordendo.

De acordo com as Institutas do Imperador Justiniano, (2000, p. 21), “*Jus est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*”, ou seja, justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu. Esta visão deve ser superada, pois justiça não é dar a cada um o que é seu, mas sim aplicar a todos de forma indistinta o Direito material e principalmente o processual, a fim de legitimar o Estado Democrático de Direito.

Conforme Cintra; Grinover e Dinamarco (2009, p. 41):

A vontade o juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja ao apreciar a prova, ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou ao interpretar os textos do direito positivo. Não deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração deste e impeça o exercício do direito material pela parte. Entre duas interpretações aceitáveis, deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador seja em sentido contrário; deve “*pensar duas vezes antes de fazer uma injustiça*” e só mesmo diante de um texto absolutamente sem

possibilidade de interpretação em prol da justiça é que deve conformar-se.

Diante do contexto se vislumbra que o Estado/juiz ao aplicar a pena deve avaliar o caso de acordo com as circunstâncias, sem primar somente pela forma, mas dar igual atenção aos meios, ou seja, dosar a forma como irá aplicar a pena de acordo com o caso concreto objetivando uma sanção justa, demonstrando assim que o objetivo da punição e a real proteção ao bem jurídico e não simplesmente punir. Isso significa que o juiz deve fomentar um processo que respeite a paridade de armas e o contraditório, pois *“o processo é ato democrático [...] capaz de produzir mudanças enquanto conseguir produzir uma decisão roubada, como foi dito “ao regime de opinião”* (MARTINS, 2013, p. 99). Por meio de um judiciário composto por jurista que estejam comprometidos com o devido processo é possível alcançar uma decisão que reafirme democracia.

Questiona Beccaria (2011, p. 17):

Contudo, qual a origem das penas, e em que se funda o direito de punir? Quais as punições que se devem aplicar aos diferentes crimes? A pena de morte será verdadeiramente útil, necessária imprescindível para a segurança e estabilidade social? Serão justos os tormentos e as torturas? Levarão ao fim proposto pelas leis? Quais são os meios mais apropriados para prevenir os delitos? As mesmas penas serão igualmente úteis em todas as épocas? Qual a influência que exercem sobre os costumes?

Os questionamentos detêm perguntas que foram suscitadas na antiguidade, entretanto seus reflexos se estendem até os dias de hoje, devido às inúmeras falhas presentes na execução da pena.

Na tentativa de responder os questionamentos acima, e ao mesmo tempo entender os motivos que ocasionam lacunas na execução penal tem-se que, a origem da pena parte da existência de um conflito, o qual se resolve através da intervenção Estatal, o “*jus puniendi*”, em outras palavras, o direito de punir do Estado. Este direito surgiu com a elaboração de Leis que organizavam os homens e ao mesmo tempo restringiam a autonomia das civilizações que vinham se desenvolvendo.

Sendo assim:

As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra. Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda a parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constitui a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo (BECCARIA, 2011, p.19).

Percebe-se que através das Leis melhor se administrava o delito, mesmo que isso significasse abrir mão de um pedaço da liberdade. Atualmente a sociedade vive sob a égide do Código Penal Brasileiro de

1940, o qual contempla diferentes penas para cada delito praticado, ou seja, aplicar aos delitos graves as penas mais severas e ao menos graves a penas mais brandas. Além disso, “[...] *deve existir a aplicação do princípio da proporcionalidade entre o crime e a pena; cada crime deve ser reprimido com uma sanção proporcional ao mal por ele causado [...]*” (MIRABETE, 2007, p. 247).

Seguindo com os questionamentos de Beccaria, a questão da pena de morte foi muito utilizada nas antigas civilizações, atualmente apenas alguns países ainda se utilizam dessa, como, por exemplo: Estados Unidos, Iraque e outros. Este meio de execução pode ser considerado perigoso devido à possibilidade de erro judiciário, contudo uma possível reparação reside em indenizar os familiares do executado injustamente, já que ninguém pode trazer a vida quem já morreu, entretanto esta forma de escusa não retira da sociedade a mesma insegurança e temor de séculos passados.

Já o suplício era visto como uma técnica que visava à aquisição da confissão através da tortura, e como forma de punição não apresentava nada além de temor, pois o mesmo era considerado um:

[...] espetáculo atroz, porém momentâneo, da morte de um criminoso é um freio menos poderoso para o criminoso do que o exemplo de um homem a quem se tira a liberdade, tornando até certo ponto uma besta de carga e que paga com trabalhos penosos o prejuízo que causou à sociedade (BECCARIA, 2011, p. 51).

Esse tipo de pena não faz mais parte da sociedade.

Como prevenir o delito? Esta pergunta ainda não apresenta resposta, apesar das diversas tentativas, seja por meio de um Estado forte,

de uma sociedade conscientizada, com investimentos na execução da pena através da ressocialização e recuperação do preso, entre outras tentativas, no entanto, a pergunta continua a persistir e os esforços realizados não parecem ser suficientes.

Quanto à pena aplicada na antiguidade, em certa parte, não apresenta relação com as atuais, mas como mencionado, em certa parte. Já que, a pena de morte, por exemplo, até hoje é utilizada em determinados países, como mencionado anteriormente.

Nessa esteira, vale ressaltar que, as penas vêm evoluindo de acordo com cada período histórico, por isso a evolução do Direito Penal traz consigo algumas modificações na execução da pena, mas isto não significa que os costumes acompanhem as modificações. Contudo, em relação às Leis, é imprescindível a existência de uma norma igualitária, pois, *“se todos os cidadãos não dependerem de modo igual das mesmas leis, as distinções não serão mais legítimas”* (BECARRIA, 2011, p. 72).

Frente ao que foi brevemente exposto no intuito de compreender as mudanças ocorridas na execução da pena é interessante, neste momento, averiguar alguns dos primeiros códigos da civilização humana a fim de entender a origem das penas, as formas de execução e os seus efeitos sociais.

### 1.1 Código de Hamurabi

A falta de organização social revelava ser o ponto de partida para que na Mesopotâmia antiga o soberano, Hamurabi, registrasse as leis. Através do Código de Hamurabi, esculpido em pedra de diorito, se regulou as diversas formas de regramento social com o escopo de unificar o povo, dar garantias aos oprimidos e também desenraizar a vingança privada.

A criação do código ocasionou a normatização da punição, ou seja, o delito praticado era executado conforme as regras de Hamurabi, já que não contemplava mais as regras íntimas de cada sujeito. O que naquele momento caracterizava uma forma de pena justa.

Entretanto, a mencionada noção de justiça esbarra no fato de que a maioria das execuções não se realizava de forma equitativa, ou seja, o agravo não era proporcional ao dano, pelo contrário, a maioria das punições era de morte. Ainda, a prisão não era vista como uma forma de punição, já que era utilizada simplesmente para a custódia do acusado até a execução.

Mesmo frente a essas mazelas o sistema de Hamurabi se perpetuou por aproximadamente 15 (quinze) séculos, sua elaboração ocorreu por volta do ano de 1700 a.C. (séc. XVIII), contendo cerca de 282 (duzentos e oitenta e dois) dispositivos legais que privilegiava o princípio da Lei de Talião, o qual contempla a máxima “olho por olho, sangue por sangue e dente por dente”, vale lembrar que a palavra Talião vem do latim *lex talionis* que significa “tal qual”.

Ademais, o Código de Hamurabi por muito tempo foi considerado um dos primeiros códigos de lei da humanidade, como também a primeira forma de sistema legal escrita antes de Cristo, consta que tal registro foi frustrado com a descoberta do Código de Ur- Namu, datado no ano de 2050 a.C. com escrita em língua Suméria e conhecido como Código de *Lipit-Istar de Isin*.

Trechos do Código de Hamurabi:

Se alguém arrancar o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho;

Se um homem roubar um boi, uma ovelha, um asno, um porco ou um barco, e se esses bens pertencerem a um templo ou a um palácio, o ladrão terá de devolver trinta vezes o valor roubado, se pertence a um liberto, deverá dar dez vezes tanto, se o ladrão não tem nada para dar, deverá ser morto;

Se alguém deve trigo ou dinheiro e não tem trigo ou dinheiro com que pagar, mas, possui outros bens, deverá levar diante dos anciãos o que está à sua disposição e dá-lo ao negociante. Este deve aceitar sem exceção;

Se alguém acusa um outro, lhe imputa um sacrilégio, mas não pode dar a prova disso, aquele que acusou, deverá ser morto (DHNET, 2013).

Por meio de um olhar atento nota-se que as penas constantes na Lei de Talião abarcavam punições bem severas, ora pagava-se com a mesma moeda. Isso remete a ideia de uma forma de vingança privada escondida por detrás de um código. Situação que parece fugir do objetivo proposto, sendo este a unificação do povo, a garantia dos oprimidos e o desenraizamento da vingança privada.

## **1.2 Lei das XII Tábuas**

Foi em Roma no ano 452 a.C, promulgada a *Lex Duodecimum Tabularum*, a qual tinha como objetivo retirar a incerteza do direito por meio de códigos devido à arbitrariedade dos magistrados patrícios contra a plebe.

Consta que a elaboração das tábuas se fez em duas etapas, com a elaboração de um código de dez tábuas e diante de um trabalho inacabado se elegeu um novo decenvirato (conselho), que no ano de 450 a.C redigiu mais duas. O reflexo que o conhecimento deste compilado transcendeu se estendeu para outras civilizações.

*“O direito Romano teve, de certo modo, um destino especial perante o desenvolvimento da consciência jurídica ocidental, servindo como ponto de referência histórico”* (SALDANHA, 1961, p. 69).

Antes de prosseguir, é importante mencionar que, *“a lei das doze tábuas foi a primeira forma de codificação do Direito na sociedade romana, sua elaboração teve por base principal o aproveitamento de costumes existentes”* (SALDANHA, 1961, p. 71).

De acordo com Saldanha (1961, p. 72-73):

A parte que se destina a área penal apresenta abundante respaldo no que diz respeito aos delitos e penas. Foi na verdade, as doze tábuas, fundadora da justiça penal, e as tendências em matéria de justiça penal encontram ainda muitos elementos primitivos, longe ainda de requintes humanitários, mas cujas torpezas e durezas não são maiores, relativamente, do que certos taliões estabelecidos e empregados muito posteriormente, na época bizantina.

Ocorre que a lei das XII Tábuas, aparentemente, oferecia maior atenção à parte direcionada ao direito penal, todavia isso não significava que as execuções fossem menos cruéis. As tábuas, apesar de privilegiarem



a área penal igualmente abarcavam outras espécies de direito, isto de acordo com cada tábua, assim menciona Sebastião (2013):

Tábua I – *De in jus vocando* = Do chamamento ao juízo.

Tábua II – *De Judiciis* = Das instâncias judiciárias.

Tábua III – *De aere confesso rebusque jure judicatis* = Da execução em caso de confissão ou de condenação.

Tábua IV – *De jure pátrio* = Do pátrio poder.

Tábua V – *De haereditibus et tutelis* = Da tutela hereditária.

Tábua VI – *De domínio et possessione* = Da propriedade e da posse.

Tábua VII – *De jure praedium ed agrorum* = Do direito referente aos edifícios e terras.

Tábua VIII – *De delictis* = Dos delitos.

Tábua IX – Perdeu-se.

Tábua X – *De jure sacro* = A respeito do direito canônico.

Tábua XI – Perdeu-se.

Tábua XII – *De pignoris capio* = Da apreensão do penhor.

As XII Tábuas apresentam diferentes ramos do direito, a de número VIII é direcionada ao delito, por isso faz-se oportuno mencionar alguns artigos com o propósito de conhecer algumas das execuções que faziam parte deste código:

1º referente à difamação, 9º contra o cidadão púbere que prejudica á noite as colheitas, 10º incendiário lúcido e deliberado, 12 para ladrão noturno, 13 para ladrão diurno que se defendesse com arma, 14 escravo apanhado em flagrante de roubo, 23 contra falso testemunho, 24 homicídio, 25 contra feitiçaria ou envenenamento e artigo 26 para levantadores de motins noturnos, eram aplicada a pena de morte.

Enquanto que para os artigos 2º e 3º eram aplicado o Talião, ou seja, a lesão corporal sofrida era aplicada ao agressor. Já para os artigos 4º reparação por injúria, 5º reparação pelo prejuízo causado injusta, mas acidentalmente, 6º prejuízo causado por animal, haviam as penas pecuniárias como forma de punição (SALDANHA, 1961, p. 75).

Foi possível detectar que, as penas, no que tange a área penal, não abandonaram por completo a exploração do corpo como meio tortuoso de execução devido o significativo rol de crimes punidos com a pena de morte ou lesão corporal.

### **1.3 Código de Justiniano**

O código de Justiniano foi instituído por Flavius Petrus Sabbatius Justinianus, imperador bizantino que reinou por cerca de 39 (trinta e nove) anos, aproximadamente entre o ano de 527 – 565 d.C. e, igualmente, além de consolidar a autonomia imperial também contribuiu para a história através da ilustre obra legislativa *Corpus Juris Civilis* ou Código de Justiniano.

A importância que Justiniano deu a sua monarquia fez com que seu reinado fosse considerando uma vontade divina, com o seguinte princípio “*quod principi placuit, legis habet vigorem*”, isto é, o que apraz ao príncipe tem força de lei.

Esta vontade de se tornar absoluto fez com que sua norma contemplasse os mais variados ramos institucionais, desde a noção de Justiça e Direito, direto das pessoas, das coisas, obrigações, contratos e o direito de punir os delitos.

As obras legislativas abrangem:

As *Institutas* ou Instituições (*Institutiones*, o *Digesto* ou *Pandectas* (533)), este último um repositório de jurisprudências, o Código de 529 e as *Novelas* posterior ao ano de 533 e perdeu-se o *Codex Vetus*, que reunia as constituições imperiais vigentes na época (INSTITUTAS, 2006, p. 6).

As *Institutas* carregam em seu bojo títulos que reverenciam delitos e punição, conforme alude à obra, *Institutas do Imperador Justiniano* (2006, p.285; 296-297):

Título I§ 19- A ação de furto, tanto a do dobro como a do quádruplo, tem por objeto tão só a aplicação de uma pena], pois a entrega da coisa pode ser obtida pela reivindicação ou pela condição, cabendo a reivindicação contra o possuidor, pouco importando se o furto foi praticado por ele ou por outrem. A condição, ao contrário, só cabe contra o ladrão ou seu herdeiro, ainda que não a possua.

[...]

Título IV § 7ª – A pena fixada no caso de injúria, segundo a Lei das XII Tábuas, era, em razão de membro quebrado, a pena de Talião, por osso fraturado, caso em que havia penas pecuniárias por causa da pobreza muito generalizada entre os antigos. Mais tarde, os pretores permitiam que o juiz condenasse o culpado a pagar a quantia estimada, ou quantia menor, se isso lhe parecesse conveniente. [A pena de injúria, fixada na lei das XII Tábuas, caiu em desuso], mas a pena introduzida pelos pretores, também chamada honorária, está, ao contrário, em frequente uso.

[...]

§ 10- Finalmente, em toda espécie de injúria, tem-se o direito de ação penal ou civil. Na ação civil, consiste a pena em uma quantidade calculada conforme deixamos dito. [Na ação penal, o juiz aplica de ofício ao culpado uma pena extraordinária]. Cumpre, todavia, considerar que uma constituição de zero permitiu aos varões ilustres, e aos de dignidade superior, propor e contestar a ação penal de injúria, conforme se pode melhor ver do próprio texto.

Quando o parágrafo 19 alude que a ação do furto pode ser em dobro, *“significa que se ocasionou em furto não manifesto, ou seja, o ladrão chega a seu destino, mesmo que logo seja preso”*. Enquanto que a ação do furto

em quadruplo, *“o furto é manifesto, ora o ladrão é visto ou apanhado antes de chegar ao seu destino, e igualmente há manifestação de atos privados de violência por parte da pessoa que está furtando”* (INTITUTAS, 2006, p. 306- 307).

Aliás, essa ação de furto serve apenas para a aplicação da pena, não havendo investigações para a recuperação do objeto furtado.

Observa-se que as penas corporais não deixaram de fazer parte das execuções, como também à influência de Talião. A utilização do corpo como fonte de punição continua sendo utilizada até a introdução da pena pecuniária liberada pelos pretores conforme o parágrafo 7º, supramencionado. Sabendo que isso, além de liberar o corpo do sacrilégio acabava por beneficiar os cofres do domínio de Justiniano, ou seja, supõe-se que o íntimo do império não visava uma reforma na execução da pena, mas sim como uma forma de manter o poderio rico e forte.

Observa-se que ao elaborar o código, Justiniano o fez com fervor e dedicação, a fim de trazer a organização necessária para o seu povo. Outra observação a ser considerada é a influência que o código teve em nações como, França, Brasil, Alemanha e Portugal que utilizaram sua obra jurídica como base legislativa, dessa forma transformando seu legado em uma obra jurídica.

#### **1.4 Os Tribunais de Inquisição**

Através de um movimento que entendia a heresia como crime foi criado os Tribunais de Inquisição. Com o objetivo de extirpar da sociedade todo o indivíduo que tivesse pensamentos ou ideias contrárias à Igreja. Sua influência na sociedade se deu através do Santo Ofício e de modo gradativo passou para inquisição Medieval, Espanhola e Romana.

Foi aproximadamente no ano de 1184 que se instituiu a Inquisição Episcopal, a qual atendia tanto as necessidades reais como as do povo cristão. Em 1233 surgiu a Inquisição Pontifícia ou *legatina* organizada pelo Papa Grégório IX, com o fim de investigar e inquirir suspeitos de heresia por meio dos chamados inquisidores, havendo para cada nação um Inquisidor - Mor que seguiam as normas do procedimento inquisitorial ditas por Bulas pontifícias e decisões de Concílios.

Este movimento deveria ter servido para unificar as relações entre Estado, Igreja e população, contudo serviu de subterfúgio para as diversas formas de torturas na hora de auferir a confissão do acusado. Assim, originando os suplícios, considerado uma *“pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz, porém é visto como uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei”* (FOUCAULT, 2011, p.35).

Cabe mencionar que:

A criatividade na hora de executar a pena física era inimaginável, a pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados à forca, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser arrebetados vivos e extirpar na roda depois deter os membros arrebetados; outros a ser arrebetados até a morte natural, outros a ser estrangulados e em seguida arrebetados, outros a ser queimados vivos, outros a ser queimados depois de estrangulados, outros a ter a língua cortada ou furada, e em seguida queimados vivos, outros a ser puxados

por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada, outros, enfim, a ter a cabeça quebrada [...] (FAUCAULT, 2011, p. 34).

Estas execuções desapareceram entre o ano de 1830 e 1848, constata-se a crueldade no momento da execução, embora de forma legal. Ainda, “[...] *as sanções penais eram desiguais, dependendo da condição social e política do réu, sendo comum o confisco, a mutilação, os açoites, a tortura e as penas infames*”. “[...] *O arbítrio judiciário cria em torno da justiça penal uma atmosfera de incerteza, insegurança e verdadeiro terror*”, dispõe Mirabete (2007, p. 19).

Só posso esperar que não esteja longe o tempo em que as forças, o pelourinho, o patíbulo, o chicote, a roda, serão considerados, na história dos suplícios, como as marcas da barbárie dos séculos e dos países e como as provas da fraca influência da razão e da religião sobre o espírito humano (RUSH, 1935, p. 30 *apud* FOUCAULT, 2001, p. 15).

A inquisição durou por aproximadamente 600 (seiscentos) anos, apresentando um número de mortos incalculável e que parece superar os da II Guerra Mundial. Com o fim da inquisição novos modelos de execução foram aderidos, atualmente a execução penal é objeto de um complexo processo de procedimentos judiciais e administrativos.

## **2. Aspectos Gerais da Execução Penal**

No ponto anterior foi possível compreender um pouco da história da execução penal por meio dos primeiros códigos penais que fizeram parte da humanidade. Atualmente a proposta de execução é formada por valores

que levam em conta a dignidade da pessoa humana, de acordo com o inciso III, artigo 1º da Constituição Federal. De modo que sua finalidade reside na efetivação da sentença proferida e na reintegração do autor à comunidade, conforme artigo 1º da LEP. No entanto, é preciso ter em mente que se trata de uma proposta, não significa que na prática ela seja funcional.

Em conformidade com o mencionado, a punição imposta ao infrator objetiva a reeducação/ressocialização por meio da privativa de liberdade, restritiva de direitos e “*no caso de medidas de segurança, só há objetivo de prevenir a prática de novos delitos por meio de tratamento*” (CAPEZ, 2012, p.16).

Quanto à natureza jurídica do processo é importante esclarecer que a execução é formada por procedimentos administrativo e judicial, ainda, segundo Ada Pellegrini Grinover (1987, p. 7) *apud* Roig (2014, p. 103):

Não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo.

Percebe-se que a existência da atividade administrativa não anula a jurisdicional, pois no tocante a chefia de disciplina e secretárias dos estabelecimentos prisionais os procedimentos são autônomos, entretanto, alguns autores sustentam que caracterizar a execução como atividade administrativa configura a imposição do interesse estatal sobre o individual, bem como viola o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, conforme inciso XXXV, artigo 5º, da CF, segundo o qual “a



lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ainda, ao encontro do proposto esclarece Roing (2014, p. 105):

Não se pode olvidar ainda que as concepções administrativas – ou mesmo mistas -, desconsiderando a existência do conflito de interesse e de pretensões, acabam por incorporar em seus discursos elementos inquisitoriais refratários ao contraditório, ampla defesa, imparcialidade e devido processo legal. O mesmo não se verifica na concepção jurisdicional da execução penal, uma vez que a própria acepção de jurisdição demanda a existência de contraditório entre as partes, o desempenho da ampla (e técnica) defesa e a emanção de um provimento imparcial e processualmente correto.

De acordo com Roig, a execução da pena composta por procedimentos administrativos tende a fornecer um discurso contrário ao que, em tese, é proposto pelo judiciário, o qual prima pelo devido processo, ou seja, que alcança contraditório, ampla defesa, paridade de armas, entre outros elementos que no procedimento administrativo não são levados em consideração.

É importante lembrar que a Lei de Execução Penal (LEP) apresenta autonomia funcional com princípios próprios, mantendo relação direta com o Direito Penal e Processo Penal. Por isso diz-se que seu campo de atuação é vasto, levando em consideração que regula todos os aspectos da execução da pena, como as autorizações de saída, remição de pena, monitoramento

eletrônico, entre outros, bem como as penas alternativas disposta pela Lei 9.714/98.

Ademias, além da questão retro é importante mencionar que a execução penal é igualmente composta por princípios constitucionais norteadores a fim de garantir ao sentenciado uma custódia legítima por parte do Estado, sendo assim se faz necessário explicar quais sejam:

**Princípio da Legalidade:** garante ao apenado uma execução de acordo com a Lei, pois consoante o Código Penal, art. 1º, assim como a CF, art. 5º, inciso XXXIX mencionam que “*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”, as sanções devem estar legalmente previstas para que possam serem executadas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no art. 11, item 2, também, leciona que:

Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido.

Estes são alguns dos artigos que fazem parte do princípio, pois sua estrutura é ainda mais ampla, entretanto o mais importante é ressaltar que sua importância reside na garantia de redução de danos, a fim de evitar atos discricionários sobre a pessoa presa.

**Princípio da Individualização da Pena:** a CF, art. 5º, inciso XLVI menciona que “*a lei regulará a individualização da pena [...]*”, o objetivo é particularizar a pena conforme o tipo de crime, regime, entre outros, mas segundo Roing é necessário igualmente flexionar tais situações pois,

[...] a individualização da execução somente se mostra constitucional quando operada no sentido redutor de danos (como, por exemplo, a flexibilização das regras do regime de cumprimento de pena, permitindo a imposição de regime menos gravoso não em função do texto de lei, mas em virtude da necessidade de individualização). De fato, com excepcionalização do princípio da legalidade, a individualização da pena não pode ser empregada em prejuízo do condenado (tal como ocorre na requisição de exames criminológicos) (2014, p. 58).

A intenção é beneficiar o sujeito sem infligir a lei, apenas abrir devidas exceções a fim de promover a minimização dos danos, bem como enxergar o preso como um verdadeiro indivíduo.

**Princípio do Contraditório:** em uma relação jurídica processual as partes têm o direito de saber todos os atos e decisões que estão sendo realizados e igualmente se manifestarem sobre os mesmos, conforme CF, art. 5º, inciso LV *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*

**Princípio da Ampla Defesa:** este por sua vez garante ao preso o direito à defesa técnica por profissionais capacitados. Há também a autodefesa, a qual consiste em o acusado presenciar as provas produzidas em seu desfavor e de se manifestar contra decisões que modifiquem sua situação. Os arts. 5º, inciso LXXIV da CF *“o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de*

*recursos” e 15 da LEP “A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado” garantem este princípio.*

**Princípio do Duplo Grau de Jurisdição:** todas a decisão proferida em 1º grau têm direito de serem revista por meio de recurso para instância superior, a LEP em seu artigo 197 “*A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado*” e a CF, art. 5º, inciso LV (retro) justificam este direito.

**Princípio da Publicidade:** a fim de evitar a arbitrariedade todos os processos são públicos, salvo exceções, assim configura a CF, art. 5º, inciso LX “*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*”.

A explanação dos aspectos gerais e de alguns dos princípios que permeiam a execução penal serviram para ratificar a ideia de que os direitos e garantias propostos na execução penal objetivam o cumprimento da pena pautado na inteira justiça, entretanto, a realidade carcerária depara-se com uma situação bem distinta do proposto.

As nuances do sistema penitenciário não permitem a efetiva aplicabilidade da norma e o cumprimento da pena se torna degradante ao ponto de ser comparado com punições de tempos pretéritos, pois não leva em consideração as garantias constitucionais expressas na Constituição Federal (art. 5º) e no disposto na LEP.

### **3. Dos Direitos do Preso**

Com a decretação da pena de prisão o apenado continua a conservar direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as

autoridades o respeito à sua integridade física e moral (art. 38, CP) pois, se não estará configurado o excesso ou desvio de execução.

Contudo, é perceptível que na maioria dos casos tal situação encontra-se em voga apenas formalmente, porque a realidade vivenciada pelos encarcerados é bem distinta do proposto pela LEP, situação que será analisada posteriormente.

Antes, é interessante demonstrar que a Exposição de Motivos da LEP exhibe no item 20 que:

É comum, no cumprimento das penas privativas da liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa *hipertrofia* da *punição* não só viola medida da proporcionalidade, como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminógenos que propicia.

Por conta disso, é mais comum do que parece o fato da PPL restringir direitos que não são alcançados pela condenação, um fator que deveria apresentar-se de forma singular se mostra como sendo uma regra ao sistema de execução proposto pela LEP.

Além do mais, para reforçar a ideia de que, a despeito da condenação, devem permanecer intocáveis os direitos do preso o artigo 41 da LEP traz um leque de direitos constituídos que são reafirmados pelo item 75 da Exposição de Motivos, “*O projeto indica com clareza e precisão o repertório dos direitos do condenado, a fim de evitar a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos e omissos: [...]*”.

Nesse sentido, e no intuito de esclarecer o proposto faz-se importante suscitar alguns dos direitos que envolvem a execução da pena, com a intenção de mostrar as falhas que acabam gerando insegurança jurídica.

Primeiramente, o artigo 41 da LEP no inciso XIV traz a: “*representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito*”, este disposto dá ao sentenciado o direito de dirigir-se aos órgãos competentes dos Poderes Públicos, sem restrição, a fim de solicitar ou encaminhar qualquer requerimento de acordo com as formalidades legais. Esta mesma garantia nos estabelecimentos prisionais traz ao agente a possibilidade de fazer pedidos de progressão de regime, remição, revisão, livramento condicional, autorização de saída, entre outros. Ademais, a garantia exposta está intimamente ligada com a CF, pois o art. 5º, incisos XXXIV e XXXV expõem que:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

A lei garante ao preso o direito contra ilegalidade ou abuso de poder quando fornece ao mesmo a garantia de poder peticionar contra situações

que fogem do proposto pela pena, já visto anteriormente, com a intenção de ressocializar e reinserir o agente ao seio social.

O item que leva em conta a não exclusão da apreciação judiciária é salutar a garantia do preso ao acesso à justiça, sendo um direito de todos, inclusive dos sentenciados, já que os muros não servem para esconder o que não se encaixa na sociedade, contudo servem para modificar, reestruturar e reeducar o condenado, “*a fim de que a pessoa presa não se torne completamente desvinculada da comunidade para onde ela voltará quando for solta [...]*” (ROING, 2014, p. 119).

A Constituição Federal no inciso LXXIV, art. 5º menciona que “*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”, este ponto leva em consideração a atuação da Defensoria Pública, órgão responsável pela orientação jurídica e defesa daqueles que comprovem não poderem arcar com o processo (art. 134, CF). Nesse diapasão a Lei 7.210 (art. 16, caput), na parte referente à assistência judiciária, alterada pela Lei 12.313/10, estabeleceu que as Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

Declarou, ainda, a necessidade das Unidades da Federação fornecerem à Defensoria Pública auxílio estrutural, pessoal e material para o desempenho do exercício de suas funções dentro e fora do estabelecimento prisional (art. 16, § 1º). Assim como institui que todos os estabelecimentos penais devem ter um local apropriado ao atendimento do Defensor Público (art. 16, § 2º), e fora dos estabelecimentos penais serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a

prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado (art. 16, § 3º).

Vale ressaltar que a Lei Complementar 80/94 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública) com redação alterada pela LC 132/09, passou a estabelecer como função institucional o dever da Defensoria Pública atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais (art. 4º, XVII). O disposto também é encontrado na LEP, no artigo 81-B, parágrafo único, sendo acrescido pela Lei 12.313/10.

Dando continuidade ao proposto, a Lei de Execução Penal ainda estabelece assistência material, à saúde, jurídica, educacional e religiosa (art. 10 ao 24), ao egresso (art. 25 ao 27), ao trabalho (art. 28 ao 37) e uma seção dedicada aos direitos do preso (art. 40 ao 41), todos em prol de uma condenação que garanta justiça, ressocialização e reeducação.

Nessa esteira é correto mencionar que, todos esses direitos deveriam garantir ao condenado uma execução penal de inteira justiça, entretanto o fato de existirem Leis boas não significa que as mesmas sejam aplicadas, sendo este o caso.

Ocorre que o sistema penitenciário brasileiro tem apresentado inúmeras falhas quando o assunto é execução penal, um dos principais motivos encontra-se depositado no problema da lotação, uma vez que, implica no controle dos presos, nas suas garantias, deveres e direitos, assim frustrando a efetivação dos dispositivos legais e equiparando a execução contemporânea com a execução de tempos pretéritos. Pondo em xeque a



evolução penal, posto que, até que ponto avançamos no que tange a execução penal?

### **3. Conclusão**

Traçadas as linhas gerais do tema analisado foi possível perceber que, à vingança privada foi o motivo pelo qual coube ao Estado se responsabilizar e estabelecer meios de conter o delito. Por isso, a inserção de códigos que regulassem a vida privada foi um dos primeiros passos para regradar os crimes praticados, assim como a aplicação de penas como forma de castigo.

Entretanto, com o passar do tempo, às modificações sociais influenciaram a óptica do instituto crime. A pena perde o caráter de castigo e passa a ter como objetivo a recuperação e ressocialização do sujeito infrator.

Ademais, a prisão perde o caráter custodial e passa a ser privativa de liberdade, restritiva de direito, medida de segurança ou multa, como meios de execução de pena. A partir destas formas de pena surgiu a Lei 7.210/84, o qual tem a função de regular a execução da pena. Observa-se que a norma regula de maneira ampla os pressupostos penais como prisões, regimes e benefícios.

Pelo exposto é notável que o apenado quando na execução da pena continua com os seus direitos garantidos, salvo aqueles atingidos pela pena, contudo, a situação presenciada nos estabelecimentos prisionais é bem distinta, pois as penitenciárias tem fornecido uma execução que muito se assemelha a castigos. É momento de mudar, a fim de fomentar uma execução de acordo com a Lei de Execução Penal mais precisamente no item 65 da Exposição de Motivos da Lei supramencionada, caso contrário

não podemos dizer que houve uma evolução no sistema carcerário, mas sim que este sofreu ampliações em sua infraestrutura devido ao aumento da demanda.

### 5. Referências

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas; tradução de Torrieri Guimarães. 6º. ed. – São Paulo: Martin Claret, 2011.

BETTENCOURT, Estevão. A Inquisição. Disponível em: <<http://www.alfredo-braga.pro.br/discussoes/inquisicao.html>> Acessado em 16.04.2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão; causas e alternativas** – 4 ed. – São Paulo, Saraiva, 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração Nº 70053632428/RS, julgado em 24 de abril de 2013. Des.<sup>a</sup> Genacéia da Silva Alberto (relatora).** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>> Acessado em 25.05.2013.

CARNELUTTI, Francesco, As misérias do Processo Penal – Leme: CL EDIJUR, 2011. 92páginas.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER Ada Pellegrini, DINAMARCO Cândido Rangel. Teoria geral do processo – 25ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2009.

CRETELLA, Institutas do Imperador Justiniano: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano no ano de 533 d.c. / tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. – (RT textos fundamentais).

CUNHA MARTINS, Rui. A hora dos cadáveres adiados. São Paulo: Atlas, 2013.

CUNHA MARTINS, Rui. O ponto cego do direito: the brazilian lessons. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

DHNET, CÓDIGO DE HAMURÁBI. Disponível em: <[www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm)> Acessado em 12.03.2013

DIAS, Diomar Cândida Pereira. Teoria da Pena – evolução histórica da pena como vingança. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/16962>> Acessado em 20.03.2013.

FABRRINI, Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, Arts. 1º a 120 do CP / Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. – 24. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006 – 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

FREITAS, Adair. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA II – A AINTIGUIDADE. Disponível em: <<http://adireito2011.blogspot.com.br/2011/02/evolucao-historica-da-pena-ii.html>> Acessado em 27.03.2013.

GOMES, Luis Flavio, Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal / organização Luiz Flávio Gomes; obra coletiva da outoria da Editora Revista dos Tribunais – 14. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (RT MiniCódigos).

JHERING, Rudolf Von, A luta pelo Direito - CL EDIJUR – Leme/SP – Edição 2012.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes, Sistema penitenciário brasileiro: política de execução penal / Elionaldo Fernandes Julião. - Petrópolis, RJ: De Petrus et Alii; Rio de Janeiro: Faperj, 2012.

JUSTIÇA, Ministério da, Diretrizes Básicas Para a Arquitetura Penal 2011. Disponível em: < [MADEIRA, Eliane Maria Agati. A LEI DAS XII TÁBUAS. Disponível em: <](http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={887A0EF2-F514-4852-8FA9-D728D1CFC6A1}&params=itemID={5AC72BD6-09F6-49AE-BDB0-9A5A1D5A28B9};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}> Acessado em 18.04.2013.</p></div><div data-bbox=)

Acessado em 12.04.2013.

NAVIGANDI, Jus. A Codificação do Direito. Disponível em: <

NUNES, Patrícia. A pena na antiguidade e nos dias atuais. Disponível em: <

PIRES, Michele. O PAPEL DO JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL FRENTE À SUPERLOTAÇÃO PRISIONAL: O CONTEXTO DA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO E A INTERDIÇÃO DAS PENITENCIÁRIAS NO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica** – São Paulo: Saraiva, 2014;

ROSA, Alexandre Morais. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Rosa, Pedro Valls Feu. CHEGA DE INSANIDADE. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/6E/86/79/D5/030BC310EEC1B8C3180808FF/CHEGA%20DE%20INSANIDADE.pdf>> Acessado em 28.02.2013.

SALDANHA- Nelson Nogueira. Alei das XII Tábuas e o direito penal romano. Revista forense, Rio de Janeiro, Forense, 58 (195): 63-70, jul./ set., 1961.

VARELLA, Drauzio – Carcereiros / Drauzio Varella. – 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VARELLA, Drauzio, 1943 – Estação Carandiru /. – São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

**COMPLEXO DE ENSINO SUPERIOR DE SANTA CATARINA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS DE FLORIANÓPOLIS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**SESSUANA CRYSTHINA POLANSKI PAESE**

**A JUSTA INDENIZAÇÃO DA POSSE AGRÁRIA AFETADA PELO  
INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL RURAL**

**FLORIANÓPOLIS  
MAIO 2015**

**SessuanaCrysthina Polanski Paese**

A Justa Indenização da Posse Agrária Afetada Pelo Instituto da  
Desapropriação do Imóvel Rural

Projeto de Pesquisa  
apresentado à disciplina de Pesquisa e  
Prática Em Direito - IV / Monografia, do  
Curso de Graduação em Direito da  
Faculdade de Ciências Sociais de  
Florianópolis, exigido como requisito  
parcial à aprovação na disciplina.

**Orientador(a): Msc Rogério Duarte da Silva**

**Florianópolis  
Maio, 2015**

SessuanaCrysthina Polanski Paese

A JUSTA INDENIZAÇÃO DA POSSE AGRÁRIA AFETADA PELO INSTITUTO DA  
DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL RURAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sendo submetido à Banca Examinadora e considerado aprovado em \_\_/\_\_/\_\_.

---

Prof. MSc. Rogério Duarte da Silva  
Orientador - CesusC

---

[Titulação abreviada] Nome Completo  
Membro da Banca - CesusC

---

[Titulação abreviada] Nome Completo  
Membro da Banca . CesusC



*Dedicar um trabalho acadêmico tem a conotação de reconhecimento à contribuição especial recebida ao longo dessa trajetória.*

*Reconhecimento esse que não poderia ter outros destinatários:*

*A meu pai, pelo estímulo; à minha mãe, pela referência e garra; a meu filho como exemplo; e a meu marido, esposo, e companheiro, pela presença incansável em todo o percurso, não me deixando sucumbir à pressão e ao cansaço de ser profissional, mãe, esposa, e estudante.*

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho é resultado de esforço pessoal, solidificado com o apoio e o incentivo de todas as pessoas que, de alguma maneira, estiveram junto a mim ao longo dessa caminhada.

Agradeço aos colegas de turma e professores do IESPLAN, Brasília, local em que iniciei o aprendizado do Direito, acolhida especialmente pela minha grande amiga Jacqueline, cuja amizade transcende o universo da formação jurídica.

Agradeço às amigas especiais, Ana Maria, Susana, Elizabeth, Tarita, Maria Oliveira, Vera, Eva e minha adorada irmã Lyliana que sempre estimularam e acreditaram nesse sonho de me tornar advogada.

Agradeço ainda a Valdez Farias pelo estímulo e referencial de justiça social e ao meu orientador Professor MSc. Rogério Duarte, pela acolhida no CESUSC, por sua sensibilidade em encontrar equação ao ajuste das disciplinas e por me acolher como orientanda nesse trabalho, tolerando todas as mudanças de percalço do tema.

## RESUMO

Este trabalho tem como escopo a posse agrária concedida ao posseiro e sua justa indenização. A apreciação se estrutura em razão de que, ao transferir o bem do patrimônio, do particular ao público, o dever de indenizar surge como compensação prevista constitucionalmente. Em primeira abordagem, encontra-se a construção normativa - decorrente da vida em sociedade -, além dos fundamentos constitucionais e principiológicos. O resgate histórico do Direito Agrário e sua evolução no Brasil, para melhor compreender a relação dos regramentos infraconstitucionais, traz o instituto da desapropriação, cujas alterações são acompanhadas pelo panorama político do País, ao longo do século XX, o qual se encerrou com um cenário democrático e com direitos fundamentais assegurados, diferentemente do seu início, com a herança do período pós-Brasil Colônia e pós-Brasil Império. Antes de tratar da desapropriação da posse agrária, o estudo contempla as bases teóricas da posse e o debate de ser, esta, fato ou direito. A função social da propriedade sancionatória está comparada à função social da posse assecuratória de direitos fundamentais. Posse essa, sob inquestionável conclusão de ser fato gerador de direitos, com valor econômico e patrimonial que, ao sofrer a ação imperiosa do Estado, pela desapropriação, a justa indenização lhe é devida. E, é nesse momento que se aborda qual o devido valor a ser concedido na contraprestação do ressarcimento indenizatório ao posseiro pelo seu direito.

**Palavras-chave:** Direito Agrário. Posse. Posse Agrária. Imóvel rural. Desapropriação. Indenização da Posse.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2. DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO AO DIREITO AGRÁRIO.....</b>	<b>13</b>
2.1 FUNDAMENTOS DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO NORMATIVA EM BASES CONSTITUCIONAIS.....	14
2.2. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AO DIREITO AGRÁRIO.....	16
2.3 DIREITO AGRÁRIO, UM DIREITO HISTÓRICO.....	18
2.3.1 Direito Agrário no Brasil.....	21
2.3.2. O Estatuto da Terra.....	24
2.3.3 Conceito de Imóvel Rural.....	26
<b>3. O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL RURAL.....</b>	<b>30</b>
3.1 O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL RURAL - EVOLUÇÃO LEGAL.....	30
3.2 A DESAPROPRIAÇÃO PELO DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	37
3.3. A INDENIZAÇÃO DA PROPRIEDADE DESAPROPRIADA.....	39
<b>4. A FUNÇÃO SOCIAL, A DESAPROPRIAÇÃO E A INDENIZAÇÃO DA POSSE AGRÁRIA.....</b>	<b>43</b>
4.1 DEBATES TEÓRICOS SOBRE A POSSE FATO OU DIREITO?.....	43
4.2 A POSSE AGRÁRIA.....	50
4.3 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE.....	52
4.4 DESAPROPRIAÇÃO DA POSSE AGRÁRIA.....	54
4.5. INDENIZAÇÃO DA POSSE AGRÁRIA.....	55
4.5.1. A valoração da indenização da posse.....	59
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>62</b>
<b>6. REFERÊNCIAS.....</b>	<b>68</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por propósito apreciar os fundamentos constitucionais, suas bases principiológicas, a legislação, as bases históricas que construíram a doutrina e as decisões jurisprudenciais sobre a indenização da posse agrária atingida pelo instituto da desapropriação.

Condição para aprovação no curso de direito da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis- FCSF, do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina . CESUSC, dedica-se a resgatar a construção do Direito Agrário a partir de uma tomada histórica iniciada nas bases do legado jurídico do Brasil Imperial e na evolução do instituto da desapropriação, traçando um paralelo da política brasileira, em especial, no século XX, quando os direitos de segunda, terceira e quarta geração passam a integrar o ordenamento pátrio.

Por meio de um estudo bibliográfico, compreender os fundamentos do Direito Agrário com a respectiva história dessa disciplina no direito brasileiro, representa uma revisão da construção político-social do País. Diversos institutos jurídicos compreendem esse universo, todavia, a desapropriação da posse foi a limitação escolhida.

A Posse tem um universo não pacificado no direito brasileiro, em especial, por ter seu nascedouro em uma situação fática, com conseqüente repercussão de natureza jurídica. Tem sua inserção nos Direitos Reais, contrastando com a ausência da proteção legal comparada à da vontade de manutenção para si, daquilo que lhe é próprio. O Código Civil de 2002, bem como o anterior, de 1916, não trazem definições específicas para a posse, apenas o possuidor aparece "Considera-se possuidor todo aquele, que, tem de fato, o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade"(BRASIL, 2002).

Essa ausência de proteção legal explícita remete à compreensão de que, por se dar a partir da exteriorização da propriedade pelo poder físico sobre uma coisa, é assim capaz de confundir, quem de largo observa. Confusão essa que pode se constituir no elemento diferencial entre a posse e a propriedade, vez que a

vontade de detenção e a submissão da coisa são os elementos comuns aos dois institutos; porém, ao proprietário, sua detenção não lhe é exigida.

Embora não se diferenciando das origens romanas do direito brasileiro, a posse confundia-se com o uso. Entretanto, essa confusão não prospera quando a análise se aproxima da relação material com o bem possuído e a intenção do possuidor de mantê-la como seu, pois a detenção sem intenção de ter o bem como seu, refere-se apenas ao uso. Decorre dessa análise, a base racional da denominação da ação judicial para a conquista do direito de propriedade da coisa, por meio do instituto denominado Usucapião.

Das correntes doutrinárias que debatem e analisam a posse e sua repercussão, a concepção da posse pode ser definida pela corrente subjetiva, que a resume na relação material intencional da pessoa com a coisa, exteriorizando o exercício fático da propriedade em um conceito ético da filosofia idealista. Do contrário, compreende a corrente da concepção objetiva da posse de que é a sua utilidade, e não a vontade que predomina, de modo a ser ela um direito, e não apenas um fato.

Seguindo, partiu-se da premissa conceitual de que posse é um direito. Direito esse, que trata do poder humano sobre os bens e sua utilização econômica, podendo se dar, tanto sobre bens corpóreos ou incorpóreos e, ainda, sobre bens móveis ou imóveis.

Insta se estabelecer o primeiro corte de estudo, centrando o foco sobre a posse, no que diz respeito ao bem imóvel; e, em seguida, a cerca do conceito de imóvel rural e a definição acolhida a partir da destinação que lhe é dada.

Passar por esse debate, faz-se necessário, uma vez que a distinção entre um imóvel rural e um imóvel urbano vai além dos limites espaciais, definidos pelos Municípios ou pela legislação tributária. Em especial, porque se pretende tratar como escopo deste trabalho a análise da posse agrária, quando afetada pelo instituto da desapropriação. Particularmente, no que diz respeito à justa indenização ao posseiro, detentor de forma legítima do imóvel desapropriado.

De modo que, a desapropriação do imóvel rural se apresenta como um instituto a ser estudado no trabalho, por ser esse o ato do Poder Público que impera em desfavor do particular, sob o condão do interesse público.

Em razão desse ato de império, encontra-se assegurada pela legislação a justa indenização. Compensação monetária ao detentor, que teve seu direito afrontado pela ação do Poder Público. Trata-se de uma contraprestação financeira ao particular, cuja remuneração deverá ocorrer em valores proporcionais ao empobrecimento ora causado pela perda do bem, diante da intromissão estatal.

Possível depreender então, que a desapropriação é uma forma de intervenção do público no particular, podendo alcançar bens e direitos, corpóreos ou incorpóreos, materiais ou imateriais, móveis ou imóveis, sob condição de que devem esses bens, possuir um valor econômico ou patrimonial mensurável e, que sejam de especial interesse às políticas de Estado. Nesse diapasão, verifica-se a possibilidade legal da desapropriação de ações, privilégios, concessões, direitos, incluindo-se a posse.

Sem a pretensão de esgotar assuntos não pacificados que envolvem o direito possessório, escolheu-se focar nesse estudo de que forma o instituto desapropriatório incidindo sobre a posse, em especial, a posse agrária, levando-se em conta ter essa, inquestionável valor econômico e patrimonial. Todavia, apresenta-se como um direito vulnerável, no qual o posseiro, mediante a desapropriação sobre o imóvel possuído, possa passar ao largo de receber o devido ressarcimento indenizatório.

A desapropriação de bem ou direito é uma figura jurídica que o Poder Público, sob a justificativa do interesse público ou social - princípio da supremacia do interesse público sobre o privado . compulsoriamente, transfere a propriedade de particular para si, ou seus delegados, mediante justa e prévia indenização. A partir dessa assertiva, tentaremos compulsar opiniões de juristas e doutrinadores sobre a matéria, para compreender o processo, refletir a respeito da sua incidência sobre posse agrária, e os percentuais das indenizações praticadas, comparativamente, ao valor total do imóvel apurado pela avaliação.

A Constituição Federal do Brasil prevê requisitos mínimos e pressupostos para que o Poder Público esteja autorizado a interferir no direito de propriedade, mediante a desapropriação de imóveis urbanos, bem como rurais, assegurando, que a intervenção sobre esse direito deverá ser compensado com a devida indenização, ressaltando que o seu valor deverá ser garantido.

Depreende-se então, que além de estipular a presença do contraponto remuneratório e compensatório, encontra-se o pressuposto necessário para que esse bem desapropriado tenha seu valor mensurado, e que tal valor,tenha relação direta com as práticas de mercado, a ponto de ser considerado como valor econômico, quando somente assim, poderá ser, inquestionavelmente, quantificável e indenizável.

No que diz respeito à posse, insta destacar que o regramento legal brasileiro não a define, remetendo a esclarecer que é o seu detentor. Nos termos do art. 1.196 do Código Civil pátrio, qualifica-se na condição de possuidor todo aquele que tem, de fato, o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade, com o exercício de uma relação entre a pessoa com a coisa, constituindo uma situação factível sob o condão de proteção pelo ordenamento jurídico.

O estudo perpassa a análise dessa relação (bem-possuidor) e sua classificação, dada pelo Código Civil brasileiro, de modo a compreender o exercício possessório e suas consequências, uma vez que a posse, ao ser exercida desatrelada da propriedade, praticada mansa e pacificamente ao longo do tempo, gera direitos capazes de obtenção da propriedade pelo Usucapião. Por conseguinte, quando da chegada do Poder Público, em razão da primazia de seu interesse, coloca esse direito subjetivo da propriedade em xeque, ao entender que a posse não assegura ao posseiro direito à totalidade da justa indenização prevista constitucionalmente.

Delimita-se aqui, um universo específico a respeito das terras em que se exerce o direito possessório em questão. Trata-se o presente estudo a respeito da posse sobre terras particulares.

Nesse sentido, não será considerada qualquer análise sobre a posse de terras públicas, em especial, porque sobre terras públicas não há debate. Nessas, o que se apresenta é a detenção, não sendo possíveis de serem usucapidas e, conseqüentemente, não há que se falar em indenização sob a égide do Princípio da Imprescritibilidade das Terras Públicas.

Para perseguir o tema proposto, o trabalho foi constituído a partir do estudo sobre os Fundamentos do Direito e as garantias constitucionais do possuidor.



Sob a égide da força principiológica, neste trabalho, o primeiro corte foi estabelecido a partir das garantias fundamentais colacionadas na Constituição Federal de 1988, especialmente, no artigo 5º, inciso XXIV

%%XIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.+(BRASIL, 1988, *passim*).

Na sequência, instituiu-se um recorte de abordagem sobre o Direito Agrário, sua história evolutiva e seu universo, intimamente ligado à forma de exploração do território, cuja destinação remete à classificação de um imóvel como rural.

Somou-se ao comando constitucional a determinação contida no Decreto-Lei nº 3.365 editado em 21 de junho de 1941, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública, cujo texto contido no seu artigo 2º não deixa dúvida sobre a possibilidade de desapropriação pelo ente público de todos os bens: "Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios".(BRASIL, 1941, p.1).

A ressalva legal à desapropriação contida nos parágrafos (§§ 2º e 3º) do artigo citado, restringe-se aos bens personalíssimos e à moeda corrente, de modo que, sem motivos impeditivos, existindo um bem jurídico, a desapropriação pode ocorrer sobre esse.

Como certo está, o poder de o Estado intervir, a partir da regra desapropriatória, abarcando bens e direitos, mobiliários e imobiliários, corpóreos e incorpóreos, que com valor econômico ou patrimonial, interessem-lhe à consecução de seus fins, podendo ser apossados e comercializados, mediante a prévia e justa indenização.

A redução espacial se faz necessária para delimitar a análise do instituto da desapropriação e sua incidência, mediante o poder público, sobre o imóvel rural de posseiros. Momento em que a indenização da posse, em especial, da posse agrária em terras particulares, será apreciada para compreensão do direito do posseiro a obter a indenização prevista, constitucionalmente, sob enfoque das

decisões jurídicas e de alguns julgados definindo a valoração da indenização da posse.

A função social da posse é tratada na análise, a fim de demonstrar sua compreensão de forma diferencial da função social da propriedade, essa última, com cunho sancionatório para o seu descumprimento, ao tempo que a primeira, tem por escopo estimular o direito à moradia como direito fundamental e social, uma concessão à necessidade da pessoa de outorga de um patrimônio mínimo que lhe assegure a dignidade.

Como primeira dedução, tem-se que, se o fato jurídico em análise, a sofrer ação do Estado pela desapropriação é a posse; essa, na condição de exteriorização da propriedade, deve ser entendida como um bem jurídico, e, se assim puder ser vista, deve ser reconhecida como um direito a ser suscetível de proteção, e entra no debate: Como fica a indenização considerando as premissas constitucionais?

O que se pretende demonstrar são os fundamentos sobre a posse do imóvel rural e a possibilidade da desapropriação da posse agrária e sua consequente indenização.

A questão proposta a que se busca resposta, eixo do presente estudo, é: A posse agrária pode ser desapropriada? Como estabelecer a justa indenização da posse agrária? E, qual o posicionamento do Poder Judiciário sobre a questão?

A metodologia técnica empregada no presente trabalho monográfico foi a pesquisa bibliográfica. Imperiosamente, utilizou-se a metodologia da pesquisa exploratória, com alicerce em doutrinas, trabalhos monográficos, pareceres administrativos e decisões jurisprudenciais. A pesquisa foi alcançada a partir do estudo dessas bases, empregando método dedutivo e conhecimentos vividos ao longo da história recente do País, bem como da experiência como agente público no órgão responsável pela gestão fundiária brasileira.

## 2. DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO AO DIREITO AGRÁRIO

Neste Capítulo, o presente trabalho se propõe a analisar os fundamentos da construção do direito positivo e a evolução desse, no paralelo das ações humanas, resgatando os fundamentos constitucionais, suas bases principiológicas até a construção do Direito Agrário, com a respectiva história dessa disciplina no direito brasileiro.

As grandes teses sociológicas que discutem o Direito, remetem, na sua maioria, ao fundamento da consciência coletiva ou solidariedade social, em especial, nas afirmações de Durkheim e Duguit, que apontam essa análise para o núcleo produtivo das Normas e os fins dos ordenamentos jurídicos positivos. (DURKHEIM e DUGUIT *apud* REALE, 1972).

Partindo desse entendimento, quando explica os argumentos do fato social, que compõem um dos vértices da sua trilogia, Miguel Reale conclui que, mesmo podendo não ser livre, o homem tem consigo sua consciência no agir, não sendo seus atos produto de uma força cega e inconsciente, diferentemente do que se observa no mundo físico. Nesse agir humano consciente, apoia-se a doutrina positiva do direito, concatenado pelas leis do grupo em que o praticante do ato está inserido, de maneira que, afirma: *“a norma social resulta da análise do fato da solidariedade existente em determinado grupo e toda vez que se produz uma reação enérgica contra a violação de uma regra, sob a forma da coação hoje monopolizada pelo Estado, podemos dizer que estamos diante de uma norma jurídica”*. (REALE, 1972, p. 74/76/79).

Sob esse prisma, constrói-se o entendimento de que as Normas decorrem da valoração social, determinando as formas de conduta e o caminho a ser seguido para a realização dos fins éticos da convivência, arquitetando assim, o Direito normativo que vem a se tornar imperativo ao assentar consequências advindas de alguma hipótese para quem o enfrenta.

## 2.1 FUNDAMENTOS DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO NORMATIVA EM BASES CONSTITUCIONAIS

Não obstante, é preciso considerar, na análise, o reino da cultura da sociedade, cujos valores irão transcender o sujeito e adquirir sentidos e significados ao homem, conferindo valores abstratos dos quais decorrem o senso de justiça, alerta Reale na conclusão de que: *“A justiça geral, que se põe o homem a serviço da coletividade, é a Justiça por excelência, pois o bem comum não se realiza sem o bem de cada homem, e o bem de cada um, não se realiza sem o bem comum. Objeto maior da virtude, não tem o Direito a finalidade exclusiva de realizar a coexistência das liberdades individuais.”* Mas sim, a finalidade de alcançar a coexistência e a harmonia do bem de cada um com o bem de todos (REALE, 1972, p. 311-312).

Conquanto, entende-se que o Direito se constrói a partir dos valores sociais da coletividade, aos quais se somam os sentidos comuns, estabelecendo as regras capazes de permitir a convivência. Dessa forma, conclui-se que o Direito deve compreender o senso de justiça que, normatizado, contenha, escalonadamente, os valores econômicos, morais e sociais para a sociedade que se estuda, restringindo e imputando limites àqueles que extrapolam o que foi estabelecido e positivado.

Consoante Bonavides, sob o eixo da compreensão fundamental de limitação da autoridade governativa, *“o Direito Constitucional pode, em resumo, definir-se como ordenamento supremo do Estado”* (BONAVIDES, 2006, p. 36). Nesse sentido, depreende-se que o Direito Público tem seu tronco consolidado no Direito Constitucional, de onde se extrai a forma de Estado, a forma de Governo e o reconhecimento dos direitos individuais, atrelando-se a triunfos políticos, doutrinários e principiológicos na organização do Estado moderno.

Sendo assim, traz-se a sabedoria de Canotilho (2003), apregoando que a Constituição, em um estado de direito, tem como objeto a conformação das estruturas do poder político, organizando a sociedade à medida do direito. Nesse diapasão, afirma que o direito é o *“meio de ordenação racional e vinculativa de uma*

comunidade organizada+, para o qual estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos, e cria, instituições+(CANOTILHO, 2003, p. 243).

Sob esses pilares está inserida a compreensão de que o direito estrutura juridicamente a vida da sociedade, regulando a vida política, seus arcabouços civis e comerciais;disciplinando o comportamento do Estado e suas instituições; e, intervindo nos conflitos de interesses públicos e privados, a ponto de impor sanções e condutas que venham ferir essa ordem jurídica instituída e aprovada pela sociedade que o criou. (grifo nosso)

As leituras dessas estruturas jurídicas remetem à definição taxativa de que o estado de direito é um estado constitucional+(CANOTILHO, 2003, p.245), no qual a Constituição não se resume a um normativo, pelo contrário, trata-se da verdadeira ordenação, dotada de supremacia, da qual os demais elementos constitutivos do estado de direito decorrem.

Em resumo, a Constituição da República Federativa do Brasil, derivada do poder constituinte e promulgada em 1988, estabeleceu como cláusulas pétreas: a forma federativa, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e, ainda, os direitos e garantias individuais fundamentados na dignidade da pessoa humana- art. 60 § 4º -. Garantias essas, que receberam a dedicação de um título específico, de maneira a constituir um ordenamento normativo, com prerrogativas em face do Estado Constitucional, com limites frente à esfera jurídica do cidadão, das quais derivam os demais elementos do princípio do estado de direito.

AfiançaCanotilho (2003), que estão intrínsecos à Constituição todos os atos do Estado e de seus Poderes, sujeitando suas ações aos termos constitucionalmente fixados, corolários lógicos do Princípio da Constitucionalidade e da Legalidade, de onde se podem extrair direta, ou indiretamente, o fundamento de validade de todas as demais Normas que compõem o sistema normativo brasileiro.

A Constituição é o ponto de partida da criação do direito positivo, capaz de operar a transformação da realidade política em realidade jurídica transformando em normas os valores da sociedade+ (VALADÃO, 2001, p.227).

Nesta base estrutural, foi delimitado o objeto de estudo: A desapropriação da posse agrária e sua justa indenização, sob a égide da Constituiçãoque preconiza, no seu Art. 5º, inciso XXIV, a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação

por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição+ (Brasil, 1988. p. 3).

## 2.2. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AO DIREITO AGRÁRIO

A ideia de princípio remete à geometria, resgata Bonavides, linguagem onde se encontram as verdades primeiras+, premissas de todo um sistema que se desenvolve de maneira geométrica+, representando traços comuns que vinculam e se fazem chave do sistema normativo. As verdades principiológicas nem sempre se encontram aliadas ao universo do ser, e sim ao do dever ser, na qualidade de normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade+, são bases universais estruturantes às disposições singulares do Direito Positivado. (BONAVIDES, 2006, p. 256).

Não é exatamente nessa seara filosófica que se almeja o conceito; a busca encontra resultado no mesmo autor, quando esse resgata e traduz o conceito de princípio, formulado pela Corte Constitucional Italiana, em julgados que datam de 1956, com a seguinte definição:

Princípios do ordenamento jurídico são aquelas orientações e diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico+(BONAVIDES, 2006, p. 256).

No ordenamento jurídico atual, os princípios deixaram de ser meras orientações, passaram à condição de Normas que obrigam aqueles que a elas estão sujeitos.

O conceito de Princípio normativo foi bem definido por Canotilho quando afirma:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de <tudo ou nada >; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <reserva do possível>, fáctica ou jurídica+(CANOTILHO, 2003, p.1255).

No conceito de Constituição adotado por Almeida (*apud* Alexy, 2008), os princípios constitucionais são compreendidos, essencialmente, como valores que expressam um sentido normativo, exigindo critérios de aplicação.

O reconhecimento da força coercitiva dos princípios constitucionais, no ordenamento jurídico, exige a sua observância e especial atenção, do contrário, acarreta uma ofensa a todo o sistema, podendo configurar uma corrosão à sua estrutura mestra+alerta Marinela. (2010, p.97).

Inicialmente, possuíam valores mais indicativos, suplementares, de cunho muito mais político do que jurídico. Ao se constituírem regramentos expressamente contidos nos textos constitucionais, os princípios ergueram-se ao pedestal normativo, adquirindo caráter jurídico e vinculante à sua observação, densificação e concretização, pelos poderes estatais: Executivo, Legislativo e Judiciário. Conseqüentemente, ao alcançar as três esferas de poder, alcança também a sociedade, principal destinatária das normas jurídicas. (LIMA, 2005, p.2).

Entende-se assim, que a juridicidade se origina no mundo dos fatos e vai para o mundo jurídico, ou seja, a partir de atos jurídicos que tenham presente os elementos constitutivos definidos na lei, cujos pressupostos materiais, de incidência da norma, permitam seu ingresso no ordenamento jurídico. Assevera Fernandes (2013, p.3), que a proposta de juridicidade administrativa é formada, partindo-se da interpretação dos princípios e regras constitucionais, englobando, sobretudo, o Princípio da Legalidade+.

Anota Lima(2005), o entendimento de que os princípios expressam um valor ou uma diretriz, sem descrever uma situação jurídica, nem se reportar a um fato particular, exigindo, porém, a realização de algo, da melhor maneira possível, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas (reserva do possível). Possuem um maior grau de abstração e, portanto, irradiam-se por diferentes partes do sistema, informando a compreensão das regras, dando unidade e harmonia ao sistema normativo, a exemplo da afirmação: todos são iguais perante a lei+, na qual, a igualdade surge como a instância valorativa adotada pela Carta Magna. (BRASIL, 1988, p.2).

O cunho social intrínseco na Constituição brasileira remete à destinação social do território, que somado a toda gama de princípios, apresenta positivada a exigência do cumprimento da função social da propriedade:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
(...)  
[...]  
III . função social da propriedade;+(BRASIL, 1988, p.12).

Não diferente dos demais ramos, a função social delinea o regramento básico do Direito Agrário, em razão da terra ser um bem que interessa diretamente a toda sociedade. Urge àqueles que a detém, explorá-la de maneira a cumprir a sua função social.

Para tentar aquecer e fundamentar esse debate, necessário se faz resgatar o histórico e os fundamentos do Direito Agrário, até se chegar na análise da questão: da possibilidade de desapropriação da posse e a sua justa indenização, o que se principia a seguir.

### 2.3 DIREITO AGRÁRIO, UM DIREITO HISTÓRICO.

A convivência humana é o nascedouro da sociedade, cujas práticas estabelecem regras, que analisadas ao longo do tempo, levam a concluir que o direito deriva das primeiras regras de convivência, constituindo o que, com o tempo, transformam-se em normas. (CAPEL, 2011).

Sendo o homem um ser gregário, ao longo do tempo os ajustes a essa convivência, com seus semelhantes, exigiu a construção de regras, especialmente, para preservação da própria vida e, conseqüentemente, a preservação da espécie exigiu a imposição de valores nessa sociedade para assegurar a paz e a justiça.

Com a imposição de regras, decorre o estabelecimento de poderes que, acima dos interesses individuais, estabelecem Normas para todos que convivem na sociedade em questão.



Momentos em que se vislumbra a razão do nascedouro do Estado que assume o poder maior, coercitivo, imperioso e superior à vontade individual, inclusive, daquele que governa, para regular o poder e a tirania.

As Normas passam a assumir a proteção do indivíduo, de forma soberana, a ponto de que possam proteger o indivíduo dos efeitos destruidores do totalitarismo desvirtuado de quem detém o poder. Ocasão em que a regra se constitui em proteção à vida e à liberdade. (BONAVIDES, 2006).

No universo agrário, são unânimes os registros históricos que comprovam o início da vida humana no espaço da natureza, desfrutando da segurança de habitação em cavernas e da alimentação extraída da terra ou da caça, enquanto nômades e sob a crença do juízo natural.

O progresso aparece com o domínio do cultivo que permite a fixação em territórios, com o aprendizado do laborar a terra, colhendo frutos desse trabalho. Decorrendo, simultaneamente, a necessidade de defesa desses territórios e da sobrevivência. (CAVALHO, 2015).

A lei do mais forte imperou e garantiu a terra para gerar alimentos e assegurar a sobrevivência da tribo ou clã. Na evolução do aprendizado humano, o cultivo afiança a alimentação e promove a geração de excedentes, surgindo a opção de estimular o convívio com outros agrupamentos para a promoção das trocas, o escambo. (CARVALHO; FIDELES; MACIEL, 2015).

Paralela a essa pseudoanálise antropológica, tem-se a compreensão do berço do ordenamento jurídico agrário a partir do desenvolvimento das Normas que regulam todo o processo de alcance e manutenção "da propriedade e seu objeto agrário, o agro, o campo, a terra onde se extrai bens úteis" (CAPEL, 2011, p.1), bem como, da intenção de estabelecer os limites da posse e sua proteção contra invasores do espaço de trabalho e de extração do alimento, configurando-se a relação entre o sujeito - homem-, a terra e a propriedade- patrimônio- , ou seja, a relação agro jurídica, como afirma Capel (2011).

Por esse breve *release*<sup>1</sup> é propósito demonstrar a contemporaneidade da agricultura em paralelo ao progresso do homem e da civilização humana; sua

---

<sup>1</sup>Release - termo jornalístico para definir material que contém informações e dados específicos para divulgação de alguma coisa.

associação direta à evolução das Normas, que serviram como base a constituição do Direito Agrário, integrando esse universo à agricultura, "pois toda exploração da terra é um fato jurídico" (CAPEL, 2011, p.3).

Nos registros bíblicos, encontramos a relevância dada à terra, ao seu uso e à sua posse, cujo detalhamento primeiro dessa relação jurídica-agrária é possível encontrar no Código de Hamurabi, do século XVII a.C., com previsões e regramentos de teor legal, explícitos para o cultivo no campo, do labor rural e da relação homem-terra-propriedade.

Diversos regramentos da relação humana com a terra acompanharam o decorrer dos séculos e as transformações que se amoldaram às sociedades no tempo.

Oficialmente, como ciência, afirma Capel (2011), o nascimento do Direito Agrário teria ocorrido em 1922, na Itália, com o jurista Giangastone Bolla, fundador da *Rivista di Diritto Agrario*, que ordenou todo o material existente na época, o que deu a esse ramo do direito um rumo em seu reconhecimento como ramo autônomo.

Em partes de exemplar da revista fundada por BOLLA, disponível na Internet, estão descritos conceitos interessantes que norteiam e facilitam o estudo do Direito Agrário, que a título de ilustração, trazemos a seguir:

**Agrário** . do latim *agrarius*, que significa campo de lavoura, que trazido aos termos atuais refere-se ao imóvel rural de acordo com a sua destinação para os fins da dinâmica de produção. Normalmente vinculado ao processo da reforma agrária, tem como pano de fundo o oposto ao rural.

**Agrariedade** . o termo significa o denominador comum das normas que dizem respeito ao Direito Agrário, distinguindo-o dos demais ramos jurídicos, tendo sido introduzido por Antonio Carrozza, na Universidade de Pisa, na Itália, durante as jornadas ítalo-espanhola de direito agrário em 1972.

**Agrarismo** . Refere-se ao movimento dos operadores do direito em seus diferentes postos profissionais, seja na academia, nas práticas ou ainda junto ao poder judiciário, que buscam a especialização dessa ciência jurídica, seja no universo nacional ou internacional, buscando difundir ideias, artigos, conhecimentos e a disseminação da doutrina do Direito Agrário.

**Agrarista** . qualificação dada aos que se dedicam ao estudo, pesquisa e docência do ramo jurídico, oferecendo oportunidade de disseminação do conhecimento dessa especializada matéria. (SODERO, 1979, p. 98).

Vale salientar que este último conceito também é encontrado, frequentemente, como definição para o neologismo

jusagrarista observado em grande parte da bibliografia, que junto aos demais termos, estendem-se em referência à própria doutrina do Direito Agrário.

### 2.3.1 Direito Agrário no Brasil

No Brasil, desde a Colonização, os fatos agrários fazem parte do País. A terra está diretamente ligada à própria história, afirma Ferreira, como sendo "a mais antiga e positiva demonstração dos direitos dos rurícolas, no País, e de sua importância para o bem público" (FERREIRA, 1998, p.4).

As primeiras questões agrárias foram tratadas, informalmente, desde os primórdios. As Ordenações Filipinas e as Ordenações Manuelinas, que regravam o instituto das Sesmarias, sob concepção de que esse tema era de alçada da Coroa Portuguesa, pouco contribuíram para o atual Direito Agrário no Brasil.

Martim Affonso de Souza recebeu do Rei, por meio da Carta Foral, de 06 de outubro de 1531, a autorização das concessões de Sesmarias, permitindo a transferência do domínio útil da terra que estivesse disponível, não cultivada, aos sesmeiros<sup>2</sup>. Constituía em uma autorização de moradia habitual e estabelecimento de culturas permanentes, nos limites territoriais estabelecidos na concessão, devendo, é claro, o pagamento dos devidos tributos pela terra.

Após o Período Pré-Colonial, o Governo português criou o sistema das Capitânicas Hereditárias, em número de 15 grandes extensões de terras, doadas a nobres portugueses. Denominados de Capitão Donatário, eram aqueles que recebiam a Carta de Doação de Terras, as quais continham a autorização do uso, o domínio útil, sob o regramento do Rei; com obrigações expressas de prosperar com o cultivo da terra. (CARVALHO; FIDELES; MACIEL, 2015).

Carvalho, Fideles e Maciel afirmam ainda, ter essa concessão forma assemelhada ao "instituto da efiteuse, que era uma espécie de direito real que conferia ao seu titular, o efiteuta ou foreiro, a posse, o uso e o gozo de imóvel alheio,

---

<sup>2</sup>Sesmeiro . beneficiário de uma Sesmaria.

disciplinado pelo revogado Código Civil de 1916". (CARVALHO; FIDELES; MACIEL, 2015, p. 19).

Com o passar do tempo, esse sistema foi substituído pelo de Governador Geral, que se instituiu por séculos, perdurando todo o tempo conhecido como Período Colonial.

Sob inquestionável pertencimento à Coroa Portuguesa, pelas concessões aos senhores feudais, os grandes quinhões concedidos à posse não configuravam transferência plena, sujeitos estavam à ordem do Rei, com possível reversão a qualquer tempo. Os donatários, inicialmente, figuravam como administradores; porém, vários encontraram "brechas" de ampliar seus feudos. Faziam uso de testas de ferro<sup>3</sup> que empenhavam seus nomes em terras que, na verdade, eram de seus senhores, não muito diferente de fatos que ainda se reproduzem nesse universo negocial. (Oliveira, 2011).

Antes mesmo da instituição de regramentos agrários próprios, o Brasil se desliga da Colonização Portuguesa pela Independência. O posseiro se acomoda em territórios vazios, "explorava e beneficiava a terra e, só posteriormente, legalizava-a, tendo assim, reconhecido seu direito pelo Poder Público" (CARVALHO; FIDELES; MACIEL, 2015, p. 20), vindo a ser conhecido, esse período, como o *império das posses*, marcado pela ocupação desordenada, prevalecendo as posses dos que detinham poder de mantê-las, e a prática da compra e venda não encontrava restrições.

A Constituição de 1824 ofereceu garantias e criou condições para a ampliação de alguns desses privilégios. O Estado não regulava efetivamente, permitindo a "influência direta dos poderosos locais". (CAPEL, 2011, p. 4).

Inaugurada em 18 de setembro de 1850, a Lei de Terras passou a permitir que terras devolutas fossem aquinhoadas pelos detentores de poder, senhores de engenho e grandes comerciantes que compunham a elite do País. A Norma contém a "expressão dos interesses desses grupos, representando a tentativa de regularizar a propriedade rural e o fornecimento do trabalho, de acordo

---

<sup>3</sup>Testa de ferro - nome que se dá ao indivíduo que aparece como responsável por um determinado negócio ou firma, enquanto o verdadeiro proprietário se mantém no anonimato, controlando o negócio.

com as novas necessidades da época". (CARVALHO; FIDELES; MACIEL, 2015. p.21).

Com uma população aproximada em quatro milhões de habitantes, cuja maioria se encontrava distribuídas no meio rural, a Lei de Terras favorecia os grandes proprietários, que dispunham de recursos financeiros e facilidades, para efetuar a compra de grandes áreas. Para explorar e fazer produzir suas terras, esses Senhores, dispunham também do acesso à força de trabalho do imigrante, que chegava, especialmente, da Europa, e se submetiam à condição de servidão nas grandes lavouras de café, em substituição à mão de obra escrava. (CAPEL, 2011).

Pela Lei de Terras, deu-se o início da separação das terras públicas das terras particulares, e a instituição da Ação Discriminatória<sup>4</sup> para definir essa divisão e classificar a natureza da relação com a terra.

O posseiro e o possuidor são identificados e classificados a partir dos direitos oriundos dos títulos de Sesmarias cedidas e confirmadas, nascendo o proprietário legítimo. Os possuidores com títulos de sesmarias, mas sem confirmação (por inadimplência), e os possuidores sem título hábil (posses anteriores à lei de terras), permanecem na condição vulnerável de simples posseiros. Aparecendo o instituto das terras devolutas (devolvidas) ao patrimônio do Estado, que só poderiam ser adquiridas pela compra direta do Governo. (CARVALHO; FIDELES; MACIEL, 2015).

O registro da propriedade adquirida passou a ser feito junto ao Registro Paroquial ou ao Vigário, resgatam Carvalho, Fideles e Maciel (2015). Fragilidade que permitiu o surgimento da grilagem de terras com documentos que passam a existir forjados e são apresentados como válidos, ampliando e garantindo algumas posses existentes.

Com o advento da Constituição de 1891, mudanças se operam no regramento agrário e o domínio das terras devolutas são transferidos aos Estados, como também a atribuição do regramento sobre as transferências de propriedade e

---

<sup>4</sup>Ação discriminatória - ação de exclusiva competência do Poder Público Federal ou Estadual de promover a identificação e a separação das terras devolutas, das terras de propriedade particular, já tituladas e estremadas do domínio público (Lei nº6.383/1976).

instituição de tributos, ficando sob tutela do domínio federal, o território de segurança nas faixas de fronteira, na Amazônia e na margem litorânea. (GUEDES, 2011).

Os Estados brasileiros instituem, em razão da sua produção agrícola, regramentos agrários visando disciplinar as relações trabalhistas, como na lavoura cafeeira, em São Paulo.

### 2.3.2. O Estatuto da Terra

Posterior à primeira Grande Guerra Mundial, o clima de intranquilidade no Brasil é também reflexo da situação mundial. Os grandes latifundiários tiveram seu poder político reduzido com a assunção do governo provisório de Getúlio Vargas, em 1930, inaugurando um período que registra o nascedouro de direitos sociais.

O desassossego é corrente, ao tempo em que os sindicatos dos operários saem da clandestinidade e são reconhecidos, bem como, o Partido Comunista, irritando as elites latifundiárias. O ano de 1932 registra a primeira greve de operários, marco dos movimentos sociais no País. A mobilização social se somou à Revolução Constitucionalista que, embora derrotada, alavancou o nascedouro da nova Constituição, dois anos depois, promulgada por uma assembleia eleita. (CARVALHO; FIDELES; MACIEL, 2015).

O segundo Governo Getúlio Vargas, 1950 . 1955, promoveu mudanças sociais, as quais foram adotadas por Juscelino Kubistchek, 1956-1960, na proposta de modernizar o desenvolvimento brasileiro. Jânio Quadros é eleito sob expectativas da população em mudanças estruturais; todavia, sua renúncia leva a posse de João Goulart, que por ser visto pelos militares como comunista, ao tentar implementar reformas de base por um programa socialdemocrata, com propostas de implantação da Reforma Agrária, vai aos poucos se enfraquecendo, até que, em março de 1964, o Golpe implementa o tenso período de governo militar no País.

Ao tempo que a condução política se encontra sob regramento austero, o temor do governo e das elites, de que uma revolução camponesa se instale, diante do clima de insatisfação no meio rural, somada às exigências do contexto internacional, especialmente na América Latina, em novembro de 1964 é publicada a Lei 4.504, o Estatuto da Terra. (SALLES, 2009).

Sua publicação fez parte de uma estratégia de apaziguamento, tanto dos grandes proprietários como dos camponeses, propondo a execução da Reforma Agrária - que ficou só no papel- e no desenvolvimento capitalista e empresarial da agricultura, focado no modelo de colonização - que recebeu grandes esforços, na ocupação territorial em áreas de interesse estratégico. Hoje, a realidade do século XXI, não é diferente e registra uma grande evolução no agro negócio que se mantém na ordem de assegurar o substrato às exportações.

A colonização portuguesa deixou diversas heranças, dentre elas, a estrutura fundiária brasileira que tem sido foco de debates acalorados, enquanto ao redor do mundo, a vida no campo, as questões fundiárias e as questões ambientais evoluem em razão da importância que lhe é dada. (GUEDES, 2011).

Seja pela Lei de Terras, nº 601 de 1850 ou o Estatuto da Terra de 1964 - 4.504/64 - ainda vigente, que, porém, derogou a primeira; ambas representam diplomas referenciais da matéria de legislação agrária, tendo suas bases nos regramentos entre o homem, a terra, e a proteção desse relacionamento, protegendo a terra porque ela é matriz e a nutriz não só no presente, como no futuro+assevera Ferreira (1998, p.5).

Atualmente, os procedimentos adotados na reforma do território prosperaram. Aproximadamente 90 milhões de hectares desconcentrados e transformados em Projetos de Assentamento, registram as estatísticas do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária- INCRA, no encerramento do ano de 2014, contudo, esses números não representam uma efetiva desconcentração da propriedade. (BRASIL, 2015).

As políticas públicas para o universo rural continuam se reproduzindo sobre o modelo político-exportador de *commodities*<sup>5</sup> que ainda asseguram o balanço de pagamentos do País.

A partir dessa reflexão, não é arriscado afirmar que o agrário e rural se apresentam quase em confronto, pois o componente territorial-social-ambiental se mostra ligado apenas à política rural, enquanto que a marca setorial-produtiva da política agrária se concentra na oportunidade, ou não, da modificação do sistema

---

<sup>5</sup>*commodities*. plural da palavra inglesa *Commodity* que significa mercadoria. Termo utilizado nas transações comerciais de produtos de origem primária nas bolsas de mercadorias.

fundiário, na desconcentração imobiliária, desconectado dos avanços técnicos conquistados por outras nações+(GUEDES, 2011, p.107).

Enquanto o debate permeia as disciplinas sociais, a economia e a política, Guedes aponta para a constatação que o mundo jurídico (a norma) se coloca distante dos fatos. Razão primeira, que remete a uma reflexão mais aprofundada, de como a desapropriação deve se estender a um novo universo de modo a **debater a desapropriação e sua possibilidade de atingir a posse, enquanto elemento destacável da propriedade**+(GUEDES, 2011, p.107).

### 2.3.3 Conceito de Imóvel Rural

Para entender melhor os institutos do Direito Real . a posse e a propriedade . que afetam o imóvel rural, faz-se mister compreender o conceito de imóvel rural, diferenciado no âmbito do Direito Agrário.

A definição primeira de imóvel rural está contida no art. 4º do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64) como **prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja sua localização**, que se destine à exploração extrativa agrícola, pecuária extrativa ou agroindustrial, quer por meio de planos públicos de valorização, quer por intermédio da iniciativa privada+(BRASIL, 1964, grifo nosso).

O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária . INCRA - Autarquia Federal responsável pela governança fundiária brasileira -, executor da reforma territorial por meio da propositura da desapropriação dos imóveis rurais que não cumprem os preceitos fundamentais, em especial, o cumprimento da função social da propriedade, estabelecidos no art.184 da Constituição Federal Brasileira.

Como não poderia ser diferente, adota o INCRA, em suas ações expropriatórias e para efeito do cadastro rural, o conceito estabelecido no Estatuto da Terra e na Lei 8629/93, que em seu art. 4º, inciso I, de ambos normativos, conceitua que imóvel rural é **prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial**+(BRASIL, 1993).



Seguindo o viés do Direito Agrário, entende a consultoria jurídica do INCRA, e assim promove a defesa da União nos litígios desapropriatórios, bem como se posiciona balizando os procedimentos administrativos, definindo imóvel rural a partir da teoria da destinação, ou seja, a classificação ocorre a partir da destinação que se dá ao imóvel em razão da atividade nele exercida.

Assim, afirma Valdez Farias em parecer norteador dos procedimentos administrativos naquela Autarquia, a destinação e o uso configuram os principais elementos caracterizadores do imóvel rural, e não sua localização, a qual pode ser urbana.(FARIAS, 2011).

Não se pode deixar de destacar que, para efeito tributário, a legislação pátria segue o regramento do critério de localização do imóvel. O Código Tributário Nacional, (Lei 5.172/66) assim estabelece, ao definir em seu art. 29, que o Imposto Territorial Rural - ITR incide sobre as propriedades localizadas fora da zona urbana do município. Todavia, ressalta a Procuradora Federal Dayseanne Santos, em seus comentários à Lei 8.629/93, ter a jurisprudência uniformizado entendimento do "duplo critério - espacial x destinação - pela prevalência da efetiva caracterização da exploração".(BRASIL, 2011. p.64).

Adere ao entendimento do conceito de imóvel rural por exploração, adotado pelo INCRA, a necessidade de análise do comando econômico exploratório, acarretando um distanciamento cada vez maior do conceito restrito ao limite contido nos registros imobiliários. Para esses, a seção da propriedade em diversas matrículas que a documentam, levam ao entendimento de constituição em diversos imóveis; quando na verdade, ao se analisar a exploração econômica que lhe é dado, pela continuidade exploratória, constitui-se os documentos (matrículas dominiais) partes de um único imóvel, por exploração.

Na tese daquela Consultoria Jurídica contém clara recomendação de que, no entendimento de imóvel rural, esteja presente a análise de sua continuidade, transcendendo sua ininterrupção espacial de união territorial, sem interseção de uso, mesmo existindo acidentes geográficos, naturais ou implantados pelo homem, de modo que a unidade se configura pela exploração do prédio rústico. A presença da unidade econômica do prédio rústico transcende a condição física.

Assim, a conceituação de imóvel rural, desde 2008, a partir da nota técnica emitida pela Procuradoria Federal Especializada . PFE/INCRA, foi pacificada nos seguintes termos:

Como sendo prédio rústico de área contínua que constitua unidade de exploração econômica, podendo ser composto por vários registros de um ou mais proprietários. Por consequência, o procedimento administrativo deverá ser único para o imóvel considerado, bem como, a sua classificação fundiária e avaliação, se houver. (AGU/PFE/INCRA, 2008).

Nesse sentido, deverá seguir o procedimento administrativo da instituição responsável pela reforma agrária e o ordenamento fundiário do País, passando a considerar o imóvel rural para efeitos de cadastramento, fiscalização, desapropriação, e, inclusive, para fins de georreferenciamento.

Recomenda, aquela Especializada, que o procedimento administrativo de vistoria, fiscalização e avaliação de imóvel rural deverá observar que, ao se identificar tecnicamente uma unidade de exploração única, independente de quantas matrículas dominiais sejam identificadas, tecnicamente, deverá ser considerado, para efeito de vistoria, uma única unidade, ou seja, um único imóvel rural; o que representará, se atendido os demais critérios, a edição de um único decreto presidencial, concluindo na manifestação

...este conceito oriundo do direito agrário é o que foi adotado pela Autarquia, tanto para fins de cadastramento, quanto para fins de vistoria, conforme previsão dos artigos 2º, § 1º da IN Incra nº 66/10 e 5º, § 1º da NE Incra nº 95/2010, as quais dispõem, em síntese, que se considera como um único imóvel rural duas ou mais áreas contínuas e contíguas, que constituam unidade de exploração econômica, podendo ser composta por **vários registros de um ou mais proprietários**. (FARIAS, 2011, p. 11, grifo do autor).

Desses conceitos e regramentos sobre a configuração do imóvel rural encontramos em Carvalho, Fideles e Maciel no recente Manual de Direito Agrário que:

mesmo nas situações em que a lei de registros públicos permita, ante a aplicação dos princípios da especialidade e continuidade do registro, a escrituração de matrículas distintas, o imóvel rural pode seguir caracterizado como um todo único para fins de incidência das normas agrárias. (CARVALHO; FIDELES; MACIEL, 2015, p.52).

Diferentemente do conceito dado pelo Direito Civil, o qual relaciona a propriedade pelos limites constantes em seu devido registro do Cartório de Registro de Imóveis; a definição atualmente adotada para o gerenciamento da estrutura fundiária brasileira distancia-se da noção de propriedade rural. Entendimento esse,

acolhido no juízo do STF, no julgamento do MS 24.488, de Relatoria do Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 19.05.2005

O registro público prevalece nos estritos termos de seu conteúdo, revestido de presunção *iuris tantum*. Não se pode tomar cada parte ideal do condomínio, averbada no registro imobiliário de forma abstrata, como propriedades distintas, para fins de reforma agrária. Precedentes [MS n. 22.591, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, DJ 14.11.2003 e MS n. 21.919, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ 06.06.97]. 4. O conceito de imóvel rural do art. 4º, I, do Estatuto da Terra, contempla a unidade da exploração econômica do prédio rústico, distanciando-se da noção de propriedade rural. (BRASIL, STF, 2005).

Diante de toda a compreensão, das diretrizes procedimentais e jurídicas resgatadas, o universo delimitado para este estudo foi do imóvel rural, nos termos do conceito da unidade de exploração econômica do prédio rústico. À luz dessa compreensão, passaremos à análise do instituto da desapropriação, para então chegarmos até a posse, sua função social, sua desapropriação e a justa indenização.

### 3. O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL RURAL

Ponto de crucial importância para o desenvolvimento deste trabalho consiste em examinar o instituto da desapropriação, em especial, a desapropriação do imóvel rural, a função social como exigência constitucional e viés social da propriedade e a justa indenização.

A desapropriação ou expropriação, embora correntes afirmem ao contrário, são sinônimos, afirma e justifica Salles em A desapropriação à luz da Doutrina e da Jurisprudência; demonstrando estarem esses conceitos aplicados como sinônimos pelo seu uso na legislação; ora um, ora outro, o seu radical e as derivadas da palavra. (SALLES, 2009).

#### 3.1 O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL RURAL - EVOLUÇÃO LEGAL

No direito brasileiro, o primeiro registro localizado, que trata da possibilidade da desapropriação e bens do particular, foi o Decreto de 21 de maio de 1821, o que leva a afirmar o início do regramento legal, assegurando a ação imperiosa do Estado, ordenando, contudo, a indenização a qualquer coisa que venha a ser tomada de outrem. Por ser ímpar e pouco conhecido seu conteúdo, nem mesmo no sítio do Planalto se encontra disponível, encontramos-lo na Câmara dos Deputados:

Decreto de 21 de Maio de 1821

Prohibetomar-se a qualquer, cousa alguma contra a sua vontade, e sem indenização.

Sendo uma das principaes bases do pacto social entre os homens segurança de seus bens; e Constando-Me que com horrenda infracção do Sagrado Direito de Propriedade se commettem os attentados de tomar-se, a pretexto de necessidades do Estado, e Real Fazenda, effeitos de particulares contra a vontade destes, e muitas vezes para se locupletarem aquelles, que os mandam violentamente tomar; e levando sua atrocidade a ponto de negar-se qualquer titulo para poder requerer a devida indenização: Determino que da data deste em diante, a ninguem possa tomar-se contra sua vontade cousa alguma de que fôr possuidor, ou proprietario; sejam quaesquer que forem as necessidades do Estado, sem que primeiro de commum acordo se ajuste o preço, que lhe deve por a Real Fazenda ser pago no momento da entrega; e porque pode acontecer que alguma vez falem meios proporcionaes a tão promptos pagamentos:

Ordeno, nesse caso, que ao vendedor se entregue Tittuloapparelhado para em tempo competente haver sua indemnisação, quando elle constrangimento consinta em lhe ser tirada a cousa necessaria ao Estado e aceite aquelle modo de pagamento. Os que o contrario fizerem incorreção na pena do dobro do valor a beneficio dos offendidos. O Conde dos Arcos, do Conselho de Sua Magestade, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios, o tenha assim entendido, e o faça executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em 21 de Maio de 1821.  
Com a rubrica do Principe Regente.  
Conde dos Arcos.(CAMARA, Leis do Império, 1821)

Ainda nos registros históricos,foi localizada, na sequência, a Lei de 09.09.1826, que trata da qualificadora do instituto da desapropriação, em razão da necessidade e utilidade pública, estabelecendo pela primeira vez o rol específico em que se configura a qualificação:

Lei de 9 de Setembro de 1826

Marca os casos em que terá que logar a desapropriação da propriedade particular por necessidade, e utilidade publica e as formalidades que devem preceder a mesma desapropriação.

D. Pedro I por Graça de Deus e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil : Fazemos saber a todos os nossos subditos que a Assembléa Geral decretou, e nós queremos a lei seguinte:

Art. 1.º A única excepção feita á plenitude do direito de propriedade conforme a Constituição do Imperio, Tit. 8.º art. 179, § 22, terá logar quando o bem publico exigir uso, ou emprego da propriedade do cidadão por necessidade nos casos seguintes:

- 1.º Defesa do Estado.
- 2.º Segurança Publica.
- 3.º Soccorro publico em tempo de fome, ou outra extraordinaria calamidade.
- 4.º Salubridade publica.

Art.2.º Terá logar a mesma excepção, quando o bem publico exigir uso, ou emprego da propriedade do cidadão por utilidade previamente verificada por acto do Poder Legislativo, nos casos seguintes:

- 1.º Instituições de caridade.
- 2.º Fundações de casas de instrucção de mocidade.
- 3.º Commodidade geral.
- 4.º Decoração publica.

Art. 3.º A verificação dos casos de necessidade, á que se destinar a propriedade do cidadão, será feita a requerimento do Procurador da Fazenda Publica, perante o Juiz do domicilio do proprietario, com audienciadelle; mas a verificação dos casos de utilidade terá logar por acto do Corpo Legislativo, perante o qual será levada a requisição do Procurador da Fazenda Publica, e a resposta da parte.

Art. 4.º O valor da propriedade será calculado não só pelo intrinseco, da mesma propriedade, como da sua localidade, e interesse, que della tira o proprietario; e fixado por arbitros nomeados pelo Procurador da Fazenda publica, e pelo dono da propriedade.

Art. 5.º Antes do proprietario ser privado da sua propriedade será indemnizado do seu valor.

Art. 6.º Se o proprietario recusar receber o valor da propriedade, será levado ao Deposito Publico; por cujo conhecimento junto aos autos se haverá a posse da propriedade.

Art. 7.º Fica livre ás partes interpôr todos os recursos legaes.

Art. 8.º No caso de perigo imminente, como de guerra, ou commoção, cessarão todas as formalidades, e poder-se-ha tomar posse do uso, quando baste; ou mesmo do dominio da propriedade, quando seja necessario para emprego do bem publico nos termos do art. 1.º, logo que seja liquidado o seu valor, e cumprida a disposição dos arts. 5.º e 6.º, reservados os direitos, para se deduzirem em tempo opportuno.

Mandamos portanto a todas as autoridades, a quem o conhecimento, e execução da referida lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir, e guardar tão inteiramente como nella se contém. O Secretario de Estado dos Negocios do Imperio a faça imprimir, publicar, e correr.

Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos 9 dias do mez de Setembro de 1826, 5.º da Independencia e do Imperio.

IMPERADOR com rubrica e guarda.

José Feliciano Fernandes Pinheiro.

Carta de lei pela qual Vossa Magestade Imperial manda executar o decreto da Assembléa Geral Legislativa, que houve por bem sancionar, na qual se marcam os casos, em que terá logar a unicaexcepção feita á plenitude do direito de propriedade, na fôrma acima declarada.

Para Vossa Magestade Imperial ver.

Joaquim José Lopes a fez.

LEGISLATIVO.

Registrada a fl. 129 do livro 4.º 1 e registro de cartas, leis, e alvarás - Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio em 18 de Setembro de 1826 -Albino dos Santos Pereira

Pedro Machado de Miranda Malheiro.

Foi publicada esta Carta de Lei nesta Chancellaria-mór do Imperio do Brazil.- Rio de Janeiro, 26 de Setembro de 1826.- Francisco Xavier Raposo de Albuquerque.

Registrada na Chancellaria-mór do Imperio do Brazil a fl. 59 do livro 1.º. das leis.- Rio de Janeiro, 26 de Setembro de 1826.- Demetrio José da Cruz..(CAMARA, Leis do Império, 1826).

Cabe destaque na leitura dessa Lei, a prerrogativa estabelecida ao Procurador da Fazenda Pública para requerer a situação de necessidade que inaugura essa possibilidade da desapropriação, ao tempo que, ao Legislativo, assegura-se a verificação do requerido pelo Procurador.

Saindo da legislação imperial, e aportando nas bases legais da República, na Constituição Brasileira de 1891, especialmente no artigo 72, parágrafo 17, encontram-se referências taxativas à plenitude do direito de propriedade, ressaltando a necessidade ou a utilidade pública para a desapropriação, mediante o pagamento da indenização prévia.

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes

[...]

§ 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade, ou utilidade publica, mediante indemnização prévia. (Brasil, 1891, p.4).

No âmbito do Código Civil de 1916 - Lei 3.071/1.916 - tratou da desapropriação, em especial, no art. 590, que regulamentou a desapropriação de imóvel, por necessidade ou utilidade pública, como um dos modos de perda da propriedade do imóvel, afirma Salles. (2009).

Em continuada análise da evolução dos preceitos legais que regulamentam a desapropriação, o direito de propriedade faz-se ressalvado, novamente, contra o interesse social ou coletivo, na Constituição Federal de 1934, nos termos do artigo 113, item 17, no qual consta um novo rol de situações que passam a relativizar o direito individual

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

[...]

17) É garantido o direito de propriedade, **que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo**, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou commoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior. (BRASIL, 1934, grifo nosso).

Nesse período, a situação política do Brasil não se encontrava em mares tranquilos. Vivia-se um momento de incertezas com manifestações nas ruas, promovidas por movimentos que combatiam o Comunismo, que se fortalecia na então União Soviética, ao tempo que anúncios de golpes ao Governo de Getúlio Vargas eram constantes. (Ferreira, 1994).

Sob turbulência política, Getúlio Vargas fechou o Congresso, extinguiu partidos políticos e apresentou à Nação um Estado Novo, publicando em 10 de novembro de 1937, uma nova Constituição.

Na Constituição outorgada por Getúlio Vargas, em 1937, o instituto da desapropriação novamente é encontrado, ressalvando o direito de propriedade

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

[...]

14 - o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício; (BRASIL, 1934).

No início do ano de 1939, enquanto a segunda grande Guerra eclode, o Brasil segue traçando seus ajustes, e em 18 de maio, é editado o Decreto-Lei 1.283, regulamentando o processo desapropriatório; que atribui ao Poder Executivo das três esferas - Federal, Estadual e Municipal -, a prerrogativa do instituto, seja por necessidade ou utilidade pública, independentemente de causa determinante, e ainda, retirando do Judiciário a competência de apreciar a condicionante.

Art. 1º Para que o Poder Executivo Federal, Estadual ou Municipal decreta as desapropriações autorizadas pelo Legislativo, não é necessário que este lhes tenha indicado a causa determinante (necessidade ou utilidade pública), podendo essa indicação ser feita pelo Executivo ao expedir o respectivo decreto.

Art. 2º Nos processos de desapropriação, não compete ao Poder Judiciário averiguar e decidir si se verificam ou não os casos de necessidade ou utilidade pública, cuja enumeração na lei é apenas exemplificativa.(BRASIL,1939).

Um novo diploma legal é publicado em 1941, o Decreto 3.365, vigente até os dias atuais. O Decreto contém regramentos que disciplinam todo o procedimento jurídico e administrativo da desapropriação por utilidade pública, qualificando, taxativamente, o que poderá ser enquadrado como utilidade pública.

A Lei Constitucional nº 05 foi publicada em 10 de março de 1942, trazendo alterações no art. 122 da Constituição vigente, ao tempo em que relativizou o direito de propriedade em razão da Segurança Nacional, enquanto o mundo se mantinha sob os reflexos da Grande Guerra

Art. 1º -O art. 122, nº 14, da Constituição, fica assim redigido:

Art. 122.

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no § 2º do art. 166. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

Art. 2º- Fica redigido nestes termos o art. 166 da Constituição:

[...]

§ 2º Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no País."(BRASIL 1942).

A história registra que após a entrada do Brasil na Segunda Guerra, a situação política de Getúlio Vargas ficou insustentável. Com sua morte, nasce a



demanda de um novo Governo e o pleito de uma nova Constituição para o País, promulgada em 1946, com perfil considerado vanguardista para a época, resgatando as liberdades que a Constituição de 1937 havia retirado. Entre suas novas regulamentações, estavam: igualdade perante a lei, ausência de censura, garantia de sigilo em correspondências, liberdade religiosa, liberdade de associação, extinção da pena de morte e separação dos três poderes.

Das alterações introduzidas na Constituição de 1946, no seu art. 141, parágrafo 6º, verifica-se a possibilidade da desapropriação por interesse social para fins de Reforma Agrária, seguindo as tendências internacionais e da América Latina, iniciada por Emiliano Zapata, no México; quando os exércitos camponeses, por ele liderados, modificaram o contexto fundiário mexicano, durante a Revolução de 1910.

Art. 141

[...]

§ 16 É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito à indenização ulterior. (BRASIL, 1946).

A inovação do interesse social, que passa a justificar a ação desapropriatória, soma-se ao contido no art. 147 daquela Constituição Federal; inaugurando os preceitos de igualdade e justiça social no ordenamento jurídico brasileiro.

Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. (BRASIL, 1946).

A regulamentação do dispositivo se deu com a promulgação da Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962, trazendo a divisão da indenização em partes, com pagamento em títulos da dívida pública, pela terra, e em moeda corrente às benfeitorias úteis e necessárias. (CARVALHO; FIDELES; MACIEL, 2015).

Nos últimos dias do Governo de Jango, aos 13 de março de 1964, um novo diploma legal é publicado sobre a temática, tensionando ainda mais a situação política. O Decreto 53.700/64 é publicado, condicionando, por exigência da função social da propriedade, as áreas rurais à margem das rodovias, das ferrovias,

dasterras vizinhas aos investimentos da união em irrigação, drenagem e açudagem são declaradas como de interesse social. (Brasil, 1964).

Declara de interesse social para fins de desapropriação as áreas rurais que ladeiam os eixos rodoviários federais, os leitos das ferrovias nacionais, e as terras beneficiadas ou recuperadas por investimentos exclusivos da União em obras de irrigação, drenagem e açudagem, atualmente inexploradas ou exploradas contrariamente à função social da propriedade, e dá outras providências.(BRASIL, 1964).

Sob a égide do Governo Militar, instituído a partir do Golpe de 1964, mudanças no regramento legal passam a ser implementadas com a edição de Atos Institucionais. O Ato Institucional nº 9, de fevereiro de 1969, alterou o art. 157 da Constituição Federal de 1946, estabelecendo regras para a reforma agrária, com cunho estritamente conservador; modificando a forma de pagamento das indenizações, com títulos da dívida pública resgatáveis em até 20 anos; e, a possibilidade de o Chefe do Executivo vir a delegar as atribuições de promoção da desapropriação por interesse social.

Art. 157 - .....

§ 1º - Para os fins previstos neste artigo a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata, correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas. (BRASIL, 1969. p. 23).

A década de 1980 foi marcada, na história recente do país, pela chamada transição democrática, cujo fruto último seria a dita Nova República+(Stedile, 2006, p. 75), trouxe o debate das reivindicações populares para o debate na nova construção do ordenamento.

Em matéria de inovações, no que tange ao instituto da desapropriação, a Constituição Federal de 1988 trouxe, no estabelecimento dos Direitos Fundamentais, o Direito de Propriedade no caput do art. 5º; ao tempo que, no inciso XXIV, prevê a regulamentação por Lei infraconstitucional do procedimento desapropriatório.

Insta salientar que, no art. 184, a Constituição Federal estabelece a desapropriação para fins de Reforma Agrária; no art. 185, classifica os imóveis insuscetíveis ao instituto analisado, e, por último, a desapropriação sanção de áreas com cultivos ilegais. Dispositivos que vieram a receber regulamentação com o

auxílio da Lei Complementar 76, que trata do contraditório especial de Rito Sumário e a Lei 8.629/93, esmiuçando o procedimento da desapropriação para a Reforma Agrária.

Para efeito de registro, cabe lembrar que, está contida no ordenamento brasileiro, a desapropriação sanção, seja do imóvel rural ou urbano. Deste último, previsto no Estatuto das Cidades, Lei 10.257/2001, quando a imputação do IPTU progressivo não produz o efeito esperado, alterando a conduta do proprietário, de modo a modificar sua atuação e a cumprir a função social da propriedade urbana. De ambos, quando localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas; poder expropriatório esse, introduzido recentemente com a Emenda Constitucional 81/2014, cujos territórios serão destinados à Reforma Agrária, quando rural; e a programas de habitação popular, se urbanas.

### 3.2 A DESAPROPRIAÇÃO PELO DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O debate da origem da função social, com conclusões que remetem ao cumprimento ou um dever de desempenhar algo, a partir da compreensão do latim *functio*; foi apropriado ao direito para "expressar a finalidade de um modelo jurídico, um certo modo de operar um instituto" (FARIAS,2009, p.199).

De modo que, a composição adotada pelo direito de função social esta conectada com os questionamentos "como é? E para que serve?", estando assim, intrínseco a todo Direito Subjetivo. (FARIAS,2009).

Desde a Constituição de 1988, a democracia se abriu para inclusão social; e o ordenamento jurídico passou a exigir uma interpretação sistemática,cotejadaentre a doutrina, a legislação ordinária e a jurisprudências dos Tribunais Superiores. Afirma Pinto, que nesse novo cenário, assevera:

a propriedade rural no Brasil,embora possa figurar como %produtiva+ sob o ponto de vista economicista,é passível à desapropriação-sanção para fim de reforma agrária prevista noart. 184 da CF/88, se constatado o descumprimento das outras condicionantesda função social da propriedade previstas nos incisos II, III e IV doart. 186 da CF/88, quais sejam: utilização adequada dos recursos naturaisdisponíveis e preservação do meio

ambiente (inc. II), observância das disposições que regulam as relações de trabalho (inc. III) e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (inc. IV). (PINTO JUNIOR; FARIAS; 2005. p.3).

Essa afirmação, ainda em 2005, inaugurou um debate sobre a função social da propriedade, levando a ponderação analítica além dos aspectos economicistas, de apuração dos índices concernentes ao GUT (Grau de Utilização da Terra) e GEE (Grau de Eficiência na Exploração). Índices esses que qualificam a propriedade em produtiva ou improdutiva, e norteiam as decisões administrativas nos processos de desapropriação por interesse social para fins de Reforma Agrária, sob a égide da Lei 8.629/93, conforme verifica o autor:

...temos constatado que na prática administrativa todas as condicionantes da função social têm sido reduzidas à aferição de aspectos da produtividade, como se nessa dimensão se confundissem os conceitos de **exploração econômica** e de **exploração racional**, quando em nosso entendimento - conforme demonstraremos adiante - além de serem entre si distintos e até eventualmente antagônicos, o último (exploração racional) estaria contido na própria definição de **propriedade produtiva**, prevista no art. 6º da Lei nº 8.629/93, e diria respeito inclusive aos aspectos ambientais e trabalhistas, enquanto indicadores da racionalidade da exploração, e, pois, da produtividade efetivamente tutelada pela lei, qual seja, a que resulta ser obtida mediante . **simultâneo**- equacionamento harmônico de todas as variantes da função social. (PINTO JUNIOR; FARIAS; 2005, p.10, grifo do autor)

Nesse diapasão, Pinto Júnior afirma que a propriedade não é mais Direito absoluto, pesando sobre este a hipoteca social, consubstanciando e condicionando, em absoluto, a função social da propriedade, ou seja, valor que essa representa para a sociedade, de modo que, categoricamente, sem essa qualificação, a propriedade não merece proteção. (PINTO JÚNIOR; FARIAS; 2005).

Em análise da retrospectiva histórica secular, cujo direito assegurava em suas regras garantias individualistas exacerbadas, comparada a uma realidade atual muito mais garantista, Farias faz a ponderação de que "se o fim do Direito, nos tempos atuais, está alicerçado no bem comum, o princípio da função social se apresenta como o resgate de um valor deliberadamente camuflado pela ideologia então dominante", (FARIAS, 2009, p.4).

Esse entendimento resgata que, decorrente de um direito patrimonialista, a propriedade resultou de uma postura absolutista, acarretando um processo de exclusão social. O Estado, que assegurava garantias apenas para uma minoria, quando da sua transformação em estado social, buscou meios de promover

igualdades reais. Isto requer uma relativização das liberdades individuais, pois a propriedade passa a sofrer condicionamentos de interesses coletivos e de não proprietários (FARIAS, 2009, p. 203).

Assim, a mudança de paradigma provoca uma necessária conciliação entre poderes e deveres do proprietário (FARIAS, 2009, p.203). Exigências essas que introduzem transformações que conseguiram relativizar o direito de propriedade, saindo da órbita patrimonial e se inserindo na esfera da prestação de obrigações sociais junto à comunidade.

Se a titularidade da propriedade permite aferir como os poderes e faculdades do direito de propriedade vem sendo exercidos, a função social da posse tem relacionamento com o uso dessa propriedade.

A propriedade passou a ter limitações a partir do interesse público, dinamizando esse direito. Essa relativização do direito de propriedade, imposta pela função social, com o devido respeito à sua importância, não será o tema tratado nesse estudo.

A função social da posse, diferentemente, não tem como foco o objetivo sancionador da conduta, consiste na expressão do direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade humana (Farias, 2009, p. 39).

O presente estudo tem como meta debater a indenização da posse agrária. A sua função social, que gravita sob o condão dos interesses e necessidades da coletividade, necessariamente deverá ser considerada e será posteriormente analisada, sob o entendimento de que a posse é reconhecida como um fato que gera direitos.

### 3.3. A INDENIZAÇÃO DA PROPRIEDADE DESAPROPRIADA

Para que o objeto deste estudo possa ser alcançado, necessário conhecer e estabelecer conexão com a indenização decorrente da desapropriação.

Na desapropriação de propriedades que não cumprem sua função social, para assegurar a justiça e a justiça na indenização, é preciso que se recomponha o

patrimônio de expropriado, com quantia que corresponda, exatamente, ao desfalque por ele sofrido em decorrência da desapropriação", assevera Salles (2009, p.443).

No Manual de Direito Agrário, escrito recentemente por Procuradores Federais que atuam no INCRA, no capítulo dedicado ao estudo do paralelo da indenização e justo preço, uma consideração sobre a indenização na desapropriação comum e a desapropriação sanção, chama atenção:

"na desapropriação comum, **justo** é cobrir todo o decréscimo patrimonial sofrido pelo expropriado, de modo que permaneça com o mesmo patrimônio antecedente à desapropriação", destacando inclusive que essa imperiosa ação do Estado deveria contemplar lucros cessantes concretamente apurados somados aos juros compensatórios. Enquanto que "na desapropriação-sanção **justo** é pagar apenas o preço de mercado do imóvel apurado no momento em que o ilícito foi flagrado". (CARVALHO, FIEDELES e MACIEL. 2015, p. 160/161, grifo do autor).

Dos ditames Constitucionais, na legislação, na jurisprudência, e nas práticas processuais resta incontroverso: Da desapropriação, decorre a devida e justa indenização.

Ao proprietário expropriado deverá ser devolvido, mediante a indenização o equivalente ao que lhe foi tomado. Ressalva Salles, que ~~esse~~ ideal de justiça da indenização nem sempre será atingido, porque os métodos de avaliação dos bens expropriados se ressentem . como tudo . das falhas humanas+ (SALLES, 2009, p. 442). Constatação essa que deve ser enfrentada de forma a buscar a identificação de valores que possam atender o preceito constitucional da justa indenização.

A construção desse valor está roteirizada na legislação. O art. 27 do Dec. Lei 3.365/41 descreve elementos que deverão ser contemplados para o convencimento do Magistrado ao prolatar a sentença:

Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufero o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu. (BRASIL, 1941. p.4).

No que tange à forma de pagamento e à desapropriação pelo descumprimento da função social, a Constituição Federal também define a regra. Em seu art. 184, que assevera o uso dos Títulos da Dívida Agrária - TDA, emitidos

pelo Tesouro, para o valor da avaliação apurada pelos Peritos Federais Agrários<sup>6</sup>, da parcela que corresponde à terra nua, enquanto que as benfeitorias úteis e necessárias devem ser pagas em dinheiro.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. (BRASIL, 1988, p. 98).

Registro necessário para o estudo em desenvolvimento, é a ausência de previsão de indenização da posse agrária no regramento que trata da desapropriação por interesse social, adotado pelo INCRA, sob a égide dos preceitos da Lei 8.629/93, art. 12, que conceitua como "justa a indenização aquela que reflita o preço atual do mercado do imóvel em sua totalidade" (Brasil, 1993, p.2), em especial, no inciso IV, do citado artigo -área ocupada e anciandade das posses-, aponta a posse como fator que deprecia o valor do imóvel.

O procedimento contido no Manual de Obtenção -documento interno editado pelo INCRA, consolidando todos os procedimentos daquela Instituição a serem seguidos no procedimento administrativo para obtenção de terras -no que tange à avaliação, contempla um quadro, com referencias ao tempo de posse e ao percentual de área ocupada, com a seguinte advertência

No caso de haver ocupações com diferentes anciandades, deverá ser usado para a área total ocupada o índice referente à ocupação mais antiga, visto que **esta é que determina a desvalorização do imóvel como um todo.**(BRASIL, 2006, p. 70, grifo nosso).

Ademais, ao cunho depreciatório da existência de posseiros na construção do valor do imóvel a ser indenizado, não foi possível localizar qualquer registro de processo administrativo desapropriatório, instruído sob a égide da Lei 8.629/93, que tenha considerado a possibilidade de indenização dos posseiros, que por ventura tenham sido identificados no interior dos imóveis avaliados.

O único experimento encontrado, no universo das ações do INCRA, no Estado de Santa Catarina, foi a avaliação dos imóveis de posseiros inseridos no

---

<sup>6</sup>Perito Federal Agrário . denominação da carreira dos Engenheiros Agrônomos, no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária . Incra, responsáveis pelo procedimento administrativo de avaliação de imóveis rurais.

Território Quilombola de Invernada dos Negros, decretado como de interesse social. Avaliações essas, sob o condão do Parecer AGU/PGF/PFE/INCRA/SC n. 28/2013, cuja conclusão apresenta:

**Ante o exposto**, e considerando os precedentes jurisprudenciais e doutrinários, em especial, o princípio constitucional da justa indenização (art. 5º, XXIV da Constituição da República, em resposta às questões formuladas, opino no sentido que:

a) a desapropriação atinge bens e direitos, mobiliários ou imobiliários, corpóreos ou incorpóreos, desde que sejam possíveis de apossamento e comercialidade, tenham valor econômico ou patrimonial e interesse à consecução da política do Estado;

b) a posse passível de usucapião, denominada *ad usucapionem*, especialmente aquela qualificada como posse agrária, caracterizada pela existência de moradia habitual e cultura efetiva, é suscetível de desapropriação, e por ter conteúdo patrimonial ou econômico, deve ser ressarcida por indenização, em atendimento ao princípio constitucional da justa indenização insculpido no 5º, XXIV da Constituição da República.

c) **conforme precedentes jurisprudenciais a posse passível de desapropriação deverá ser avaliada considerando o percentual de 60% do valor atribuído à propriedade.**(FARIAS, 2013, p.6, grifo nosso).

Concernente a esse entendimento, o presente estudo segue para a análise das bases teóricas da posse agrária e a justa indenização quando o instituto da desapropriação a atinge.



#### 4. A FUNÇÃO SOCIAL, A DESAPROPRIAÇÃO E A INDENIZAÇÃO DA POSSE AGRÁRIA.

O que se pretende demonstrar nesse capítulo são os fundamentos sobre a posse do imóvel rural e a possibilidade da desapropriação da posse agrária e sua consequente indenização.

A questão proposta a que se busca resposta, eixo do presente estudo, é: A posse agrária pode ser desapropriada? Como estabelecer a justa indenização da posse agrária, qual o posicionamento do Poder Judiciário sobre a questão?

##### 4.1 DEBATES TEÓRICOS SOBRE A POSSE FATO OU DIREITO?

"A origem da posse é historicamente justificada no poder físico sobre as coisas e na necessidade do homem se apropriar de bens", afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS;ROSENVOLD, 2009, p.27).

Ao tratar da posse, no direito brasileiro, em sua natureza jurídica, o debate fervilha. Jeferson Carús Guedes, ainda na década de 1990, quando publicou seus estudos sobre a desapropriação da posse concluiu:

A definição da posse enseja um longo e heróico debate, capaz de consumir tempo maior que dois milênios, milhares de obras jurídicas, centenas de autores, dezenas de teorias, sem por óbvio alcançar o consenso. (GUEDES, 1998, p.6).

Nessa contenda, Guedes apresenta um conceito já pacificado que a posse é uma relação de fato da pessoa sobre a coisa, por meio da qual se revela a intenção de exercitar um direito, cuja relação é tutelada pela lei, prescindindo mesmo da existência do direito. (GUEDES, 1998,p.6).

Em síntese, duas correntes divergem sobre a posse ser um fato ou um direito. Como sendo a posse, apenas um fato, é o entendimento da corrente defendida por Savigny, Merlin, Lafayette, Wodon, Namur, Domat, Ribas, Laurent, Pothier, afirma PAZ (2008), em razão de que esse entendimento considera a

concepção de posse aquela que assegura efeitos produzidos em razão do exercício dessa, ou seja, o direito ao usucapião da coisa e os interditos possessórios.

De modo que esse juízo ocorra partir do reconhecimento de que a posse configura um direito pessoal que pertence à teoria das obrigações.

Encontramos, em Rizzardo, um posicionamento sob as bases da teoria da Savigny, quando antes de tratar da natureza da posse, estabelece um paralelo com a propriedade, trazendo a assertiva de que "o domínio é o império legal dos homens sobre a coisa". (RIZZARDO, 2009, p 15).

Nessa linha de compreensão, o autor entende o domínio um elemento protetivo especial que, juridicamente, regula e protege o império da vontade sobre a coisa que lhe é própria "sendo em si mesmo um direito, enquanto a posse é um estado de fato". (RIZZARDO, 2009, p 16).

Posicionamento esse, amparado nas análises históricas da posse, nos primórdios do Direito Romano, que tratava o direito adquirido a partir do uso (*usus*), fato que assegurava ao usuário o usucapião, das coisas móveis, após o decurso de ano, enquanto que, dois anos se exigia para usucapir a terra (*fundus*) e as casas (*aedes*). (RIZZARDO, 2009).

Situando assim a posse na condição da exteriorização do direito de propriedade (*possessio*), assegurando ao seu detentor o respeito pelo seu exercício, envolvendo elementos complementares, afirmando ser essa a relação material da pessoa com a coisa (poder físico) e a intenção de deter a coisa como própria" (RIZZARDO, 2009, p.17).

Nos estudos de Mariana Ribeiro Santiago, identificamos a afirmação que confirma esse entendimento, quando a autora examina o Tratado da Posse de Friedrich Karl Von Savigny, uma tentativa de reconstrução do direito romano em base de conceitos elementares sobre a posse, que obteve grande repercussão, influenciando a maioria das legislações do século XIX". (SANTIAGO, 2004, p.3.)

Nessa ótica, a autora aponta os princípios basilares da Teoria de Savigny, conhecida como teoria subjetiva o *corpus*, quando se tem o controle e detenção física da coisa, podendo dessa ao que se pretenda; e o *animus possidendi*, fundamentado na vontade intencional de manter como sua, a coisa, comportando-se como se dono fosse do bem que possui, não exercendo essa condição de titular. (SANTIAGO, 2004).

Por outro lado, esse entendimento não é compartilhado com aqueles que seguem a corrente objetiva, da Teoria de Rudolf Von Ihering, de que a suficiência da posse se dá no *corpus*, poder físico com interesse de utilizá-la em seu proveito econômico, onde se alicerça o *animus*, por sustentar e provar a vontade jurídica de possuir. (Rizzardo, 2009).

Essa segunda corrente, liderada por Ihering e seguida por Teixeira de Freitas, Cogliolo, Demolombe, Molitor, Stahl, Ortholan, Puchta, defende a linha de pensamento de que a posse é um direito, pela sua existência reconhecida e por se encontrar juridicamente protegida. (Paz, 2008).

Nesses termos, encontra-se a posse amparada pelo Código Civil brasileiro, especificamente no livro que trata do Direito das Coisas, dos Direitos Reais, onde se localiza a vinculação do possuidor à coisa possuída.

Ao deixar de emprestar intenção ao *animus*, torna objetiva a posse por já se encontrar incluso ao *corpus*, e enfatizar seu caráter de exteriorização da propriedade, de modo a merecer respeito na conformação encontrada pelo ordenamento jurídico. (FARIAS; ROSENVALD, 2009).

Rodrigues conclui, explicando o paralelo traçado, que

"a detenção, nesta teoria, não se configura por uma diferença fática, mas apenas por uma diferença legal: haverá detenção quando houver preceito legal retirando a condição de posse de uma relação fática que poderia ser considerada como posse" (RODRIGUES, 2014, p.3).

Em Farias e Rosenvald, encontramos a ponderação de que as duas teorias, de Savigny e Ihering, tratam da posse sob "elementos de identificação dos limites da tutela da posse, individualizam, a seu modo, as figuras do possuidor e do detentor, e procuram justificar a essência da proteção possessória" (FARIAS; ROSENVALD, 2009. p.27).

Ambas as teorias têm como base um ponto comum a detenção, afirmam Farias e Rosenvald, destacando que objetiva é a Teoria de Ihering, em razão de que o detentor e o possuidor se diferenciam, não pela presença da vontade de possuir, mas, sim, pela forma que ingressaram na coisa, de modo que alguns não alcançarão a tutela possessória pela ausência da proteção legislativa. (FARIAS; ROSENVALD, 2009).

Entretanto, José Carlos de Moraes Salles, ao esmiuçar o instituto da desapropriação à luz da doutrina e jurisprudência, faz uma pequena abordagem sobre a posse, quando trata da imissão provisória na posse do bem expropriado. Afirma que o Código Civil brasileiro de 1916 acolheu a teoria objetiva de Ihering justificando por encontrar no art. 485 desse diploma legal o conceito de possuidor todo aquele que tem *de fato* o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade (SALLES, 2009, p.282, grifo do autor).

Justifica esse entendimento afirmando que: verifica-se, por esse preceito legal, que a posse, em nossa sistemática jurídica, é o exercício *de fato* dos poderes constitutivos do domínio, ou propriedade, ou de algum deles somente, como no caso de direito real sobre coisa alheia (SALLES, 2009, p. 282, grifo do autor).

Em sua análise, Salles segue asseverando que o Código Civil de 2002, pelo teor do art. 1196, nada alterou o que dispunha o art. 485 do Código revogado, que manteve a seguinte redação: Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade (Brasil, 2002), levando o autor a concluir:

Portanto, segundo a lei civil brasileira, posse é o poder físico sobre determinada coisa, que possibilita ao detentor o exercício de fato, pleno ou não, de alguns dos poderes constitutivos do domínio ou propriedade. (SALLES, 2009, p 282).

Entendimento esse compartilhado por Cláudio Teixeira de Oliveira, no seu livro, *Posse e Ações Protetivas*. Análise pelos Códigos Civil de 2002 e de 1916 e pelo Código de Processo Civil, afirmando:

Esta preferência do legislador civilista brasileiro pela Teoria Objetiva em matéria de posse é fato incontroverso, e tanto é verdade que os próprios artigos acima transcritos retratar tal verdade. (OLIVEIRA, 2011. P.65).

Porém, o autor faz a ressalva de que a Teoria de Savigny se faz presente, de forma relevante, ao assegurar o direito de usucapião, quando um dos elementos que deve se apresentar, para que possa assegurar o intento, é o *animus domini*, ou seja, a vontade do sujeito. (OLIVEIRA, 2011).

No entanto, observação importante oferece, ao destacar que o legislador absteve-se de definir o instituto optando pela definição do titular do direito, embora essa ausência no Código Civil não têm o condão de impedir as reflexões e a definição da posse pela doutrina.

De todo o debate ora realizado, pode-se afirmar, sem receio, que a posse configura a exteriorização da propriedade, manifestando-se o domínio, da mesma maneira que o agricultor acredita e assim é respeitado quando deixa sua terra trabalhada com a lavoura a desenvolver, sem que necessite ficar tutelando-a. Sua posse naquela produção não é contestada.

Todavia, ao se usar a mesma reflexão para outro bem, deixado ao tempo e disponível, como um carro aberto com a chave na ignição, o respeito e a verdade de manutenção dessa posse poderão não ser da mesma natureza.

Essa comparação tem como intenção pedagógica, trazer à luz, de que o poder físico não é posse, mas sim, a exteriorização da propriedade e seu uso econômico a ela dado.

Rodrigues nos apresenta um outro exemplo de fácil compreensão na região norte do País, as madeireiras têm por prática transportar suas toras de madeiras nas correntes dos rios. Embora não se apresente a identificação do proprietário, qualquer apropriação não autorizada dessas toras constitui crime. Concluindo que o possuidor é o proprietário; e a presunção de propriedade, constitui a base da presunção possessória" (RODRIGUES, 2014, p.4).

Enquanto não contestada por titular de domínio, comprovando que o bem se encontra sob posse de outrem, a lei deverá proteger o posseiro. Assim, como já visto, aplica-se a Teoria de Ihering em razão da semelhança que o possuidor tem no exercício de sua posse, como se dono fosse sob proteção legal.

Condição essa que difere da conduta de exercício da detenção sobre recomendação ou ordem de outrem, situação prevista, como detentor, nos termos do Código Civil, art.1.198: "Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas" (BRASIL, 2002, p.26).

Soma-se ao contido no art. 1.208 do mesmo diploma legal "Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade" (BRASIL, 2002, p. 28).

A contemporaneidade do Direito Privado exige que a sua interpretação se inicie pelos princípios "que se colocam como substrato do Estado Democrático de Direito", afirmam Rosenvald e Farias (2009, p. 31.); analisando ponderadamente que

a concepção patrimonialista e utilitarista conferem à análise abstrata da posse conceituada no Código Civil, um tratamento sistemático aperfeiçoado ao se comparar com o Código de 1916, "conferindo autonomia com relação ao direito de propriedade". (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p.33).

Pelo princípio da proteção jurídica, a posse implica a construção da condição de utilização econômica da coisa possuída. Ao reafirmar essa linha de pensamento, Paz busca uma estrutura de compreensão desse fenômeno jurídico na teoria tridimensional do Direito, de Miguel Reale - que integra o Direito ao fato, valor e norma - ao afirmar que a posse configura uma relação de fato, um exercício do direito, que confere valor econômico ao possuidor, cuja eficácia está efetivamente reconhecida. (PAZ, 2009).

Razão pela qual, Rizzardo retoma, em sua análise, com a compreensão de que os tipos de posse podem ser definidos em três linhas a que confere ao possuidor o direito de reter a coisa é a posse detenção; aquela que no processo de reivindicação não confere seu direito pela regra; e, ainda, a quase posse, aquela que resulta da detenção da coisa pela convenção ou determinação judicial.

A classificação da posse, sob a ótica de Oliveira, apresenta divergências rasas, muito mais vinculada à ordem doutrinária do que capaz de produzir repercussões em matéria possessória. Desse modo, apresenta algumas classificações trazidas a seguir (OLIVEIRA, 2011, 79;85)

a) Pelo exercício - divide-se em posse direta e indireta. A primeira, também conhecida como imediata, ocorre a partir do exercício do possuidor, que se vincula efetivamente à coisa possuída; a última é também chamada de mediata, corresponde a posse em que o titular (possuidor direto) delegou a outrem. Classificação essa contida no art. 1997 do Código Civil

§ 1º posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto. (Brasil, 2002, p. 12).

b) Pela aquisição - é a posse decorrente do comando do art 1.200 do Código Civil, classificando-a em justa e injusta. Classificação essa encontrada em outros doutrinadores como decorrente de quanto à existência de vício § 1º justa, a posse que não for violenta, clandestina ou precária. (Brasil, 2002, p. 6). Por contrário

senso, a posse injusta se caracteriza pela presença da violência, da clandestinidade e configurada como precária, podendo vir a constituir um vício da posse.

Há que se ressaltar que precariedade da posse tem o tom da licitude quando concedida a título de empréstimo ou favor, a exemplo do comodato; enquanto que, precária e ilícita é a posse tomada contra a vontade do titular, do legítimo possuidor, assim viciada.

c) Pelas virtudes e pelos vícios - classificação esta vinculada à forma que se deu a sua aquisição, se de boa (*bona fides*) ou de má-fé (*mana fides*), consoante o contido nos art.s 1201 a 1203 do Código Civil

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção;

Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente;

Art. 1.203. Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida. (Brasil, 2002, p. 7).

Para compreensão da quase posse, tem-se ainda a figura do gestor ou servidor da posse, referente ao mero detentor da coisa em nome do proprietário, explicada como "a posse privada de todos os efeitos jurídicos, sinônima de detenção, é aquela que, sendo protegida pelos interditos, não conduz ao usucapião". (RIZZARDO, 2009, p 16), nos termos do Código Civil, art. 1.198: "Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas" (BRASIL, 2002, p.26).

A regra legal apresenta ainda o instituto da composses, pela simultaneidade da posse de mais de um possuidor sobre o mesmo imóvel, nos termos do art. 1.199, CC: "Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores" (BRASIL, 2002, p. 26).

Consoante a opinião de Cláudio Teixeira de Oliveira (2011), em seu estudo sobre a posse e as ações possessórias, o autor aponta a controvérsia da posse pela sua relação de natureza fática com repercussão jurídica, conjugação

que, necessariamente, deve ser considerada, pelo fato de estar a matéria inserida no campo dos direitos reais, na base jurídica brasileira.

O atual Código Civil, a Lei nº 10.406, editada em 10 de Janeiro de 2002, registra normativa de seu artigo 1.197, com peculiaridades entre as duas teorias acima analisadas

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto. (BRASIL, 2002,p.6).

#### 4.2 A POSSE AGRÁRIA

Não encontramos tratamento legislativo específico para a posse agrária nos termos apresentados para a posse civil. Contudo, quando a Constituição Federal, em seu artigo 191, trata do usucapião de área de terra em zona rural, condicionando a detenção da posse, por cinco anos ininterruptos, com moradia habitual e exploração por mão de obra familiar, cumpre o posseiro agrário os requisitos para aquisição da propriedade. Sem receio, tem-se aí a configuração legal da posse agrária.

Observa-se que a condicionante primordial está delimitada na posse agrária, apenas para o universo do imóvel rural, incursionando-se assim, no estudo de práticas fundiárias seculares com doutrinas recentes a respeito dessa.

Afirma Guedes, em seu artigo publicado na Revista Jurídica, no final da década de 1980, que os jusagraristas apresentaram uma definição doutrinária, esclarecedora, para a posse agrária:

posse agrária é o exercício direto, contínuo, racional e pacífico de atividades agrárias (propriamente ditas, vinculadas ou complementares, e conexas) desempenhadas em gleba de terra rural capaz de dar condições suficientes e necessárias ao seu uso econômico, gerando ao possuidor um poder jurídico de natureza real definitiva com amplas repercussões no Direito, tendo em vista o seu progresso e bem-estar econômico e social.(GUEDES, 1988, p. 72).

Nos termos do conceito de imóvel rural, adotado pelo INCRA, a atividade agrária exercida sobre o imóvel rural, com o objetivo de torná-lo produtivo, de forma racional e ininterruptamente, confere-lhe a qualificação. Condição essa que



configura concomitantemente o exercício da posse agrária, e como resultado, o direito de se manter no imóvel. (GUEDES, 2011). Posse essa, que pode ser exercida pelo proprietário do imóvel ou por terceiro, quando então se encontra esse último sobre imóvel alheio, lembrando que pode ser esse imóvel de domínio público ou privado, embora no estudo presente, apenas a posse em imóvel privado delimita-se o debate.

As posses em imóveis rurais de exploração familiar se revestem das características típicas da posse agrária. Configuram-se pela moradia habitual e cultura efetiva contemplada no conceito, podendo ser apurada, frequentemente, na realidade do meio rural brasileiro, sem se esquecer de que, muitas vezes, representam o único bem daqueles possuidores ou posseiros. (Salles, 2011).

Não restam dúvidas, pelo diferentes entendimentos trazidos, por meio da conclusão que nos oferece Oliveira, que a posse ~~é~~ aquela que pode conduzir o possuidor à condição de proprietário em razão da usucapião.+ (OLIVEIRA, 2011, p.42).

Conclusão que nos trás ao debate o próximo instituto do direito brasileiro sobre o tema: a Usucapião.

O direito de usucapir o imóvel rural se dá pela comprovação da posse agrária, configurada pelo trabalho direto ou familiar, em área de até 50 hectares, com moradia habitual, desde que inexistir titularidade de outro imóvel, portanto consagrando-se de forma diversa da posse civil, que produz a consequência advinda da posse agrária, de modo a configurar uma forma originária de aquisição da propriedade.

A previsão para o usucapião agrário se encontra na legislação brasileira desde 1964, no artigo 98 do Estatuto da Terra (Lei. 4.504/64), estando seu procedimento regrado pela Lei 6.969/81. Instituto esse, recepcionado e estabelecido na Constituição Federal no art. 191, como também no Código Civil, nos artigos 1.238 e 1.239.

Assim, a Usucapião confere ao ~~po~~ possuidor a condição de proprietário, isso em razão da prescrição aquisitiva que está sendo formada, pelo decurso do tempo, em seu favor, para usucapir a coisa.+ (Oliveira, 2011, p.53).

Justifica esse debate, a partir da própria origem dominial do território brasileiro, advindo do apossamento das terras indígenas pelo prepostos da Coroa

Portuguesa, que consideravam o território conquistado como *res nullius* - que nunca tiveram dono - configurando uma "ocupação de forma originária" (Oliveira, 2011, p 23).

Em análise promovida por Farias e Rosenvald encontramos assertiva de que a posse, sendo o poder de fato; e a propriedade o poder de direito, a união transformadora do fato em direito é a usucapião, "provocando uma mutação objetiva na relação de ingerência entre o titular e o objeto". (FARIAS;ROSENVOLD. 2009, p.273/274).

Em Mattos (1998), nos seus estudos sobre a posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil, resgata argumentos jurídicos dos possíveis efeitos da posse, quais sejam: a possibilidade do direito ser assegurado pelos interditos; a produção de frutos; a retenção por benfeitorias; a responsabilidade por deteriorações; o direito de usucapir; e, quando contestada, remete a inversão do ônus da prova pela presunção sempre favorecer ao possuidor de boa-fé.

Deste entendimento e pela previsão contida no Código Civil de que a posse pode ser legitimada, assegurando ao possuidor o direito de defendê-la frente à turbação e ao esbulho, fazendo uso de meios legais na sua proteção, tem-se que a posse é um direito.

#### 4.3 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

"A expressão função social procede do latim *functio*, cujo significado é de cumprir algo ou desempenhar um dever ou uma atividade", ensina Farias e Rosenvald, usado no ordenamento, com a intenção de apontar a finalidade ou o papel a ser cumprido por um instituto jurídico. (FARIAS;ROSENVOLD, 2009, p.198),

Em razão de ter a posse compreensões e correntes de entendimentos variados, o mesmo ocorre com seus efeitos jurídicos. Uns entendem que a posse assegura o direito de invocar os interditos possessórios - ações judiciais que o possuidor deve utilizar quando se sentir ameaçado ou ofendido no exercício de seu direito-, ao tempo que, para outros, a presunção da propriedade seria seu efeito único, o domínio do bem.

Oliveira não reluta em criticar que o legislador do novo Código Civil (de 2012) perdeu a oportunidade de aperfeiçoar mais o instituto da posse, a não tratar, especificamente, da matéria pelo seu lado de ordem social. (OLIVEIRA, 2011, p. 67).

Crítica essa, justificada pelo autor, em razão da ausência de um tratamento adequado à posse e ao papel que essa desempenha na ordem social. Entretanto, ressalva a existência de pontos de apoio no direito positivado, capaz de alicerçar os direitos possessórios, a ponto de que a legislação protege e concede maiores regalias aos possuidores que dão uma destinação social às suas posses, o que pode ser visto, dentre outros, pelos comandos dos artigos 1.239 e 1.240 do Código Civil, que tratam da usucapião (OLIVEIRA, 2011, p.69).

Segue afirmando que há uma função social da posse, que não se confunde com a função social da propriedade, cujo tratamento legislativo deve compatibilizar-se com a outorga do patrimônio mínimo que possa garantir a dignidade humana (OLIVEIRA, 2011, p.69).

Fredie Didier Jr, em artigo sobre a função social da propriedade e a tutela processual da posse, publicada na Revista de Processo em 2008, afirma contundentemente que a Função social é parte integrante do direito de propriedade, uma vez que, só existe o direito de propriedade de acordo com a sua função social (DIDIER, 2008, p.10).

Com status de direitos do homem, a propriedade fazia parte da garantia de liberdade, de aquisição de bens, protegida pela ordem jurídica. Hodiernamente, esse direito se transformou pelo dever de atingimento a determinadas finalidades, relativizando o interesse único do proprietário com a aparição do estado Intervencionista e a realidade social na evolução dos tempos. (DIDIER, 2008).

A partir dessa compreensão, o Direito de Propriedade foi, com o tempo, relativizando-se, de forma a construir uma condicionante, com encargos sociais, decorrentes da busca do bem-estar da coletividade, em razão da sua representação como meio de produção.

Embora o detentor do domínio não seja obrigatoriamente o possuidor; para aquele que venha a cumprir a função social da propriedade, necessariamente precisa possuir a posse para a concretização do dever constitucional que venha a tutelá-la. Uma vez, que ao tratar da posse em conformidade com os preceitos da

função social, tem-se em questão a tutela que lhe é assegurada processualmente, interpretando os ditames constitucionais com significância de valores e fins, afirma Didier (2008).

Sob a égide desse entendimento, a doutrina está construindo vínculos da tutela processual possessória à função social da propriedade. Entendimento consoante a afirmação de que "a correta interpretação dos dispositivos constitucionais leva à reconstrução do sistema de tutela processual da posse, que passa a ser iluminado pela exigência de observância da função social da Propriedade". É preciso, portanto, reestruturar e reler a tutela processual da posse à luz do novo regramento constitucional do direitos reais, mormente no que se refere à exigência de observância da função social da propriedade (Didier, 2008, p.15/16).

Após várias análises, Farias e Rosendal afirmam que

"a função social da posse é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na qual não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solitário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana." (FARIAS; ROSENVALD. 2009, p.39).

Por derradeiro, concluem os autores, no tema da função social da posse, que a Constituição não se afasta perante a ausência de normativos que especificamente regem a matéria, em razão de ser a posse "um instrumento de redução de desigualdades sociais e justiça distributiva". (FARIAS; ROSENVALD. 2009, p.39/40).

Embora à primeira vista, levava-se a concluir como entendimento divergente, do contrário, Didier se aproxima do debate com a afirmação, de que estudar os procedimentos da tutela da posse e dos direitos reais, exige considerar o sistema infraconstitucional protetivo, das situações jurídicas, que asseguram o cumprimento dessa função social. (DIDIER, 2008).

#### 4.4 DESAPROPRIAÇÃO DA POSSE AGRÁRIA

A perda da posse se dá por fatores decorrentes da prática do possuidor, por caso fortuito, ou ainda, pela ação imperiosa do Estado com a desapropriação, mediante a indenização.

Se assim se processa para a posse civil, entende Guedes de que obstáculos não poderão ser impostos à posse agrária, respeitando-se "às limitações, características e finalidades da espécie de desapropriação utilizada" (GUEDES, 1998, p.73).

Alerta o autor, estar tratando de afirmar com restrição ao universo do imóvel rural, não se conhecendo possibilidades de posse agrária sobre bens móveis, vez que, mesmo em se tratando de bens móveis utilizados nas práticas agrárias, esses são tratados pela posse civil.

Consoante apregoa Guedes, não há desconforto na afirmação da possibilidade de desapropriação da posse. As diferentes fontes do Direito - a doutrina, a jurisprudência e a lei - somam-se ao reconhecimento de que a definição da posse como instituto revestido dos pressupostos que legitimam e motivam esse tipo de intervenção estatal sobre o patrimônio econômico: comercialidade; valor econômico; e interesse à Administração. (Guedes, 2008, p.5).

Se pacificado, e não localizado posicionamento contrário, a desapropriação da posse agrária, nos termos dos ditames constitucionais, é-lhe devida a justa indenização. Tema sobre o qual segue a próxima análise, observada, em especial, pelo posicionamento da prática jurisprudencial.

#### 4.5. INDENIZAÇÃO DA POSSE AGRÁRIA

Ao se compreender como possível a expropriação da posse, consequência vinculada está a justa indenização, em razão de que, ao transferir o bem do patrimônio, do particular ao público, o dever de indenizar surge como compensação prevista constitucionalmente.

Não sempre cominada à propriedade, indiscutível se tem seu conteúdo patrimonial ou econômico. A posse deve assim, ser ressarcida pela indenização quando sofre a ação imperiosa promovida pelo Estado, como preveem a Constituição Federal e as legislações infraconstitucionais que tratam da matéria.

O Ministro Demócrito Reinaldo, na relatoria do Recurso Especial nº77.624/PR, da ação de desapropriação promovida pela União, em imóvel

declarado de utilidade pública, alega ser inquestionável o direito da posse afetada pela desapropriação, à justa indenização constitucionalmente assegurada. Todavia, promove a ressalva de que esse valor, prévio e justo, deverá acobertar, apenas a posse, e não o domínio

"só se indeniza o bem que efetivamente pertence ao proprietário. Se o imóvel está de qualquer forma onerado, deve ser levada em conta na fixação do quantum indenizatório. Do contrário estar-se-ia compensando o expropriado com mais do que aquilo que legalmente tem direito." (STJ. RESP.77.624/PR. Relatoria Min. Demócrito Reinaldo. p.4).

Segue ainda o Relator, ao analisar a pertinência do Recurso, traçar sua análise no debate, destacando que foge ao bom senso comum a concessão de uma reparação como se o terreno fosse titulado, mesmo que o posseiro tenha posse apta para gerar usucapião. (STJ. RESP.77.624/PR).

Compreensão essa que parece unânime, quando se compara à propriedade: o valor não deve ser o mesmo. A posse tem seu valor assegurado, e assim deve ser indenizado quando abalada pela desapropriação, mas seguramente seu *quantum* difere do valor a ser praticado na indenização da propriedade em sua plenitude.

O Superior Tribunal de Justiça tem, em diferentes julgados que tratam da matéria, posicionado-se com decisões incontroversas sobre o direito indenizatório à posse.

Em registros da década de 70, o STJ, em Recurso Especial, da relatoria do Ministro Antônio Neder, decidiu pela indenização da posse, com a seguinte manifestação: "Tem direito à indenização não só o titular do domínio do bem expropriado, mas também, o que tenha sobre ele direito real limitado, bem como direito de posse" (STF, RE 70.338, Rel. Antônio Neder).

Nos registros jurisprudenciais daquela Corte, temos deliberação que se põe em acordo com o que discorre o presente estudo, resgatando posicionamento do extinto 2º Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, publicado na Revista dos Tribunais nº 481, em Novembro de 1975, de forma concisa

"A posse, conquanto imaterial em sua conceituação, é um fato jurígeno, sinal exterior da propriedade. É, portanto, um bem jurídico e, como tal, suscetível de proteção. Daí por que a posse é indenizável, como todo 'e qualquer bem' (STJ. 2011.REsp 1226040, Rel Ministro Humberto Martins).

Na mesma linha de entendimento, a Ministra Eliana Calmon, em julgado mais recente, no Superior Tribunal de Justiça - STJ, manteve o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que tem sido assente em assegurar, ao possuidor, o direito à indenização pela perda do direito possessório, afirmando, ao decidir, que "o expropriado que detém apenas a posse do imóvel tem direito a receber a correspondente indenização." (REsp 1.118.854/SP, 2009. Rel. Min. Eliana Calmon).

No Recurso Especial nº 769.731/PR, de 22 abril de 2011, o posicionamento da relatoria do Ministro Luiz Fux, cita os precedentes jurisprudenciais do STF, ao tempo que destaca ser a posse "um fenômeno fático que merece proteção jurídica (arts. 1.196 e ss. do Código Civil vigente, arts. 485 e ss. do Código Civil revogado)" (STJ, 2011), apontando a consequente indenização compensatória.

Os argumentos contidos no voto do Relator estão diretamente concatenados com o eixo das conduções dada ao presente estudo; de modo que, trazer à baila um terço maior dos seus argumentos, não prejudicam, mas sim, corroboram com esta análise:

"Na desapropriação de direitos possessórios, dispensável a exigência da prova do domínio para levantamento do preço, isto quando reconhecida pela própria expropriante." (fls. 166).

"Se o expropriado propõe ação contra o possuidor, é porque não queria desapropriar o domínio, mas, simplesmente a posse.

O possuidor, titular de promessa de compra e venda relativa a imóvel desapropriado, tem direito ao levantamento da indenização pelo desaparecimento de sua posse. (RESP 29.066-5 SP - 1ª Turma do STJ, Rel. Min. César Astor Rocha - RSTJ 58: 327)

[...]

A desapropriação atinge bens e direitos, mobiliários e imobiliários, corpóreos e incorpóreos, desde que sejam passíveis de apossamento e comercialidade, tenham valor econômico ou patrimonial e interessem à consecução dos fins do Estado.

3. Consoante jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, verbis: "Tem direito à indenização não só o titular do domínio do bem expropriado, mas também, o que tenha sobre ele direito real limitado bem como direito de posse" (STF, RE 70.338, Rel. Antônio Nader)

4. Deveras, a exigência do art. 34 do DL 3.365/41 impõe-se quando a dúvida sobre o domínio decorre de disputa quanto à titularidade do mesmo.

**5. A posse, conquanto imaterial em sua conceituação, é um fato jurídico, sinal exterior da propriedade. É, portanto, um bem jurídico e, como tal, suscetível de proteção. Daí por que a posse é indenizável,**

**como todo "e qualquer bem.**(In,Recurso" exofficio "nº28.617, julgado pelo extinto 2º Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, publicado na Revista dos Tribunais nº 481, em Novembro de 1975, às páginas 154/155, grifo nosso).

Naquela Corte, as decisões se mantêm na mesma tônica. No Recurso Especial Nº 1.226.040. SP - 2010/0211428, o Ministro Humberto Martins, mesmo sob a exigência do art. 34 do Decreto-lei 3.365 . que prevê que o levantamento do preço seja deferido mediante prova de propriedade, para conhecimento de terceiros - afirmou:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente em assegurar ao possuidor o direito à indenização pela perda do direito possessório, sendo que a exigência do art. 34 do Decreto-lei nº. 3.365/41 impõe-se quando há dúvida sobre o domínio decorrente de disputa quanto à titularidade do bem. (AgRg no AgRg no REsp nº 1.226.040 . SP - 2010/0211428-9).(STJ, 2010).

Em outro julgado, de 20 de março de 2012, desta feita no Recurso Especial 1.204.923-RJ, a decisão proferida, também da relatoria do Ministro Humberto Martins, assevera favoravelmente ao possuidor:

O registro não interfere na relação de direito obrigacional, apenas produz eficácia perante terceiros que não participaram do contrato. Ademais, possuem direito à indenização o titular do domínio, o titular do direito real limitado e o detentor da posse. Precedente citado: REsp 769.731-PR, DJ 31/5/2007 (STJ, 2012).

Em 2013, a relatoria da Ministra Eliana Calmon, no Recurso Especial nº514.803/SP, na Segunda Turma, votou:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente em assegurar ao possuidor o direito à indenização pela perda do direito, sendo que a exigência do art. 34 do Decreto-lei n. 3.365/41 impõe-se quando há dúvida sobre o domínio decorrente de disputa possessória quanto à titularidade do bem. A oposição de que trata o art. 34 do Decreto-lei n. 3.365/41 somente pode advir de terceiros possuidores de outro título suficiente para demonstrar a incerteza quanto ao domínio do bem, não podendo ser ajuizada a ação pelo expropriante. (R Esp nº 514.803/SP)

Instado pela equipe técnica que operacionaliza os procedimentos de desinstituição de proprietários e posseiros no imóvel, objeto do Decreto Presidencial de 17 de junho de 2010, que declara de interesse social, para fins de desapropriação, os imóveis abrangidos pelo Território Quilombola de Invernada dos Negros, situado nos Municípios de Abdon Batista e Campos Novos, Estado de Santa Catarina, o Procurador Federal Valdez Farias assim se posicionou:



Portanto, é possível sustentar a possibilidade de indenização da posse passível de usucapião. Este entendimento, a meu ver, é o que mais se coaduna com o **princípio constitucional da justa indenização** insculpido no art. 5º, XXIV da Constituição da República.

Mas deve ser alertado que estamos a tratar de posse sobre terras particulares passíveis de usucapião. Não estamos a tratar de terras públicas, pois sobre estas, o que existe é mera detenção, não passível de usucapião e indenização em face do princípio da imprescritibilidade dos bens públicos. (FARIAS, 2011, p.4).

Esse entendimento se coloca em consonância às decisões jurisprudenciais das Cortes Superiores. A Procuradoria Federal Especializada do Incra na Superintendência Regional de Santa Catarina entende pela justeza da desapropriação e indenização da posse agrária. Todavia, desconhece-se ainda qual será o posicionamento do Procurador Geral da Autarquia, e da Advocacia Geral da União sobre a matéria, uma vez que o Parecer acima citado foi elevado à instância superior e até a presente data não se conhece do acolhimento ou não.

Sob a égide constitucional no art. 5º, XXIV, que se soma aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a conclusão deste estudo se faz única: Pelopossibilidade de desapropriação e indenização daposse agrária em imóveis particulares.

#### 4.5.1. A valoração da indenização da posse

Se ao direito à devida indenização da posse agrária não pairam dúvidas, inicia-se aí o verdadeiro questionamento a ser respondido Qual a justa indenização diante da desapropriação da posse agrária?

Para perseguir essa resposta, em toda bibliografia pesquisada, a resposta se diluiu na jurisprudência em razão da ausência de normativo que defina a questão. Diversos julgados, desde o final do século passado, apontam para um valor percentual relacionado ao valor total do imóvel.

No mesmo parecer administrativo que tratou da possibilidade da indenização de posse de proprietários inseridos em áreas decretadas como território de comunidade de remanescentes de quilombos, a Procuradoria Federal Especializada no INCRA,inaugurou o entendimento que recomenda a promoção da

devida avaliação de imóveis de posseiros. Favorável à indenização, faz a ressalva que a posse tem menos valor que a propriedade, sugerindo o fracionamento dos valores que constituiriam o valor total do imóvel, a partir de decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda da década de 1990:

o ressarcimento de terreno desapropriado, sem título dominial (arts. 524 e 530, I, Código Civil), em favor do legítimo possuidor, não deve ser feito por inteiro. Como solução de equidade, é razoável que se reconheça a quem desfrute de habitual uso e gozo do imóvel expropriado indenização equivalente a 60% sobre o valor do terreno, mais aquela decorrente das benfeitorias+ (STJ, Rec Especial, acórdão n. 9.585, 03.05.93; DJ,30.08.93,p.17.278;RSTJ, n.53,p.75 - RT n.481, pp.154-156 e RT n.221, pp.188-191).

O entendimento de redução encontra sustentação em precedentes jurisprudenciais que decidiram que a posse deve ser indenizada em percentual de 60% do valor atribuído à propriedade.

Desse julgado, percebe-se que o amparo para redução de parte do valor total do imóvel está na leitura interpretativa do art. 27 do Decreto Lei 3365/41, que atribui ao Magistrado o juízo de valor a fatores que podem modificar o preço encontrado tecnicamente para o imóvel:

Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu. (BRASIL, 1941, p.3).

Desta forma, APELAÇÃO CÍVEL Nº 340937 - RN que tratou da indenização decorrente de desapropriação indireta, no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em 2007, o voto do Relator opina, justificando o fator redutor utilizado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. POSSE. DIREITO À INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. APLICAÇÃO DO ART. 27, PARÁGRAFO 1º, II, DO DECRETO-LEI Nº 3365/41. REDUÇÃO. - Se há a imissão na posse, em favor do DNOCS, que, à época da desapropriação, identificou, como seu possuidor, o demandante, impõe-se o reconhecimento do direito do mesmo à indenização, caracterizando-se a desapropriação indireta. - Indenização da posse fixada em 60% do valor do bem. - Redução do percentual dos honorários advocatícios para 5% (cinco por cento), em observância ao disposto no art. 27, do Decreto-lei nº 3365/41, com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.183-56. (TRF5. AC 340937 RN 2002.84.00.008589-2, 2007).

Ainda nas bases do parecer administrativo da PFE/SC, encontramos a ressalva de que, nos termos dos normativos internos, nas avaliações de imóveis rurais para fins de reforma agrária o Incra aplica um fator de anciandade da posse quando o imóvel se encontra ocupado por posseiros, donde se conclui que a posse de terceiro retira valor econômico do proprietário, agregando à do possuidor (PFE/INCRA, 2008).

Consoante aos termos e conclusões contidas na jurisprudência e entendimentos, se permite a afirmação de que a posse é um bem jurídico, com valores passíveis de apuração, de modo que a desapropriação pode lhe afetar.

Quando essa intromissão estatal acontece, deverá o imóvel ser devidamente avaliado, de cujo valor total obtido, a partir de preços praticados no mercado, deverá a indenização ser proposta com redutores sobre esse valor, pela ausência do domínio, cujo patamar de 60% do valor atribuído à propriedade, vem sendo definido e, reiteradamente decidido, pelas Cortes como o valor da indenização da posse agrária.

## 5. CONCLUSÃO

O acesso à justiça e a democratização das informações jurídicas são fundamentais para que o homem possa viver com dignidade.

As normas resultam da conformação social estabelecida pela sociedade, determinando formas de conduta, a partir dos valores e sentidos comuns, construindo regramentos que permitem a convivência e estabelecem os procedimentos e as punições, no caso do seu descumprimento. Trata-se de pilares construídos para estruturar juridicamente a sociedade.

Para alcançar essa compreensão, a partir de fundamentos da construção social do Direito, arquitetado nas bases da triologia- fato, valor e norma -, verificou-se como as regras da sociedade vem sendo reconhecidas e positivadas.

O bem de cada um, não se realiza sem o bem comum. Assim, tem o Direito que transcender a missão de realizar coexistências individuais, alcançando a harmonia dos bens individuais com os bens do todo, transversalizando o senso da justiça com valores econômicos, sociais e morais.

A partir dos princípios constitucionais que norteiam, nem sempre o ser, mas ao dever ser, encontra-se o caráter orientativo para direcionar a interpretação normativa.

As regras de convivência alcançam a intenção preservacionista da espécie e da própria vida, motivando o estabelecimento de valores para assegurar a paz e a justiça. Sejam essas para preservar o indivíduo, a natureza ou ainda, de limitar a ação do poder.

Compreensão que permite deduzir que a juridicidade se origina no mundo dos fatos e vai para o mundo jurídico. Nessa seara, encontram-se os Princípios, na condição de expressão de valores e diretrizes, com caráter de exigências à sua submissão, motivo pelo qual alguns passaram a integrar textualmente a Constituição.

O cumprimento da função social da propriedade, regra constitucional, constitui um dos critérios possível na apuração do cunho social intrínseco na Constituição Federal, categorizando a intenção do legislador na destinação do território brasileiro de forma equitativa.

Essa compreensão evolutiva tem relação estreita com o universo agrário e os aprendizados humanos, desde o domínio do cultivo, o comércio e a proteção dos grupos sociais. Devido à importância dos regramentos relacionados ao território, no início do século XX o Direito Agrário surgiu, na Itália, como ramo autônomo do direito.

A gregariedade humana exige a instituição de regras de convivência, especialmente no que tange ao domínio do território, de maneira que, o Direito Agrário precisa ser visto e estudado, não só como teoria, mas como fato social que incide dentro de uma realidade.

No Brasil, os fatos agrários sempre foram palco da história do País. A própria colonização portuguesa e a forma de assegurar o poder territorial aconteceu na gestão e concessão das terras da Colônia, a partir da exploração extrativista.

Registra o Brasil, um país iminentemente agrário, uma história intimamente ligada à terra e aos contratos agrários que refletem diretamente na sua economia, dando sustentabilidade às exportações e à balança de pagamentos, especialmente alicerçada nas exportações produção-exportação agrarista.

A titularidade do território decorreu a partir das concessões da Coroa Portuguesa, por meio das sesmarias, seguido pelo sistema das Capitânicas Hereditárias, quando ainda Colônia. Os primeiros tempos, pós Independência, ficaram conhecidos como o império das posses, em razão de facilidades que propiciaram o acesso à terra a um pequeno grupo, parte da elite do País, concentrando a propriedade na mão de grandes proprietários de terras.

A primeira Constituição, de 1824, deixou de estabelecer regramentos para o território; e a segunda, de 1891, manteve interesses da elite oligárquica latifundiária, especialmente os grandes produtores de café, que tinham acesso à mão de obra de imigrantes em substituição a dos escravos.

Nos termos do primeiro registro legal infraconstitucional, o Decreto de 1821, que tratou da desapropriação, sob pretexto de necessidade, e permitiu a ação do Estado no direito individual, a propriedade foi tratada como sagrada, condicionando qualquer ação a um prévio acordo de preço indenizatório.

Na terceira Constituição brasileira, de 1934, o direito de propriedade perde sua blindagem e inaugura a relativização pelo interesse coletivo ou social,

seguida pela de 1937, que prevê regramentos infraconstitucionais para definição do conteúdo e limites a esse direito patrimonial.

Tanto nas primeiras Constituições como na primeira Lei, que tratou especificamente das terras brasileiras, os favorecimentos estiveram dirigidos aos detentores do poder econômico, privilegiados pelas facilidades de acesso aos meios de produção, seja pelos escravos ou pela mão de obra estrangeira. Todavia, a Lei de Terras principiou a classificação do território, na separação das terras públicas das terras particulares.

Na Constituição de 1891, a União estabelece como de sua tutela as faixas de fronteira, a Amazônia e a margem litorânea, e os Estados passam a figurar como agentes titulares de domínio das terras devolutas, passando a reger as transferências, a instituição de tributos e, ainda, as relações trabalhistas da produção agrária.

Os reflexos das relações políticas internacionais, as duas grandes guerras, e a condução política refletem em todo o processo de regramento jurídico brasileiro. As mudanças ocorrem acompanhando as propostas dos governos que conduzem o País. Em meio a confusão da assunção do governo militar, o Estatuto da Terra, Lei 4.504/64, é publicado, em um contexto internacional que exige esse posicionamento brasileiro e sob receio da revolução camponesa, todavia, não passou de um distensionamento da pressão social.

Independente do contexto político, a Lei de Terras e o Estatuto da Terra, representam diplomas referenciais da legislação agrária brasileira, estabelecendo regras e protegendo a relação homem-terra.

No Brasil, o agrário e o rural se apresentam, ora em paralelo, ora em confronto; a política agrária e a política rural concorrem e a reforma do território, mediante o Programa de Reforma Agrária, embora tenha atingido 90 milhões de hectares, conforme registros do INCRA, não atingiram níveis de distribuição social esperado. O território ainda se concentra na mão de poucos que têm muito e muitos que têm muito pouco. As políticas públicas para o universo rural ainda se reproduzem sobre o modelo exportador de *comodities*, por serem elas que asseguram a balança de pagamentos do País. O modelo economicista ainda prevalece no universo agrário.

O debate passa também pelo conceito de imóvel rural. Nos termos do Estatuto da Terra e da Lei 8.629/93, o imóvel rural consiste no prédio rústico, de área contínua, que se destina a exploração agrária, em qualquer que seja sua localização. Para efeito tributário, a diferença de urbano e rural está nos limites da lei municipal que define seu território. Para efeito dominial, a propriedade corresponde ao registro imobiliário. Todavia, nos termos da teoria da destinação, o conceito de imóvel rural tem relação muito mais direta com o universo agrário, pois se dá a partir da destinação que se dedica ao imóvel, em razão da atividade nele exercida, distanciando-se da noção de propriedade. Entendimento esse acolhido pela jurisprudência ao considerar o imóvel rural em razão da sua exploração.

A propriedade, do direito sagrado à relatividade de perda pelo descumprimento da função social registra dois séculos de regramentos. A desapropriação é o instituto jurídico utilizado para essa ação estatal. Inicialmente, pela utilidade pública a qual somou-se o interesse social ou coletivo, adquiriu efeito sancionatório pelo descumprimento da função social.

O imóvel rural que não cumpre sua função social está sujeito à intervenção do Estado pela desapropriação. Composição relativizante de direito em razão dos questionamentos do que é? E para que serve? Simplifica Farias (2009). Respostas essas, exigidas para a compreensão do modelo jurídico hipotecado pelo social, em uma realidade mais garantista que relativizou o direito de propriedade e as garantias individuais.

Ao tempo que da propriedade se exige o cumprimento da função social, para lhe assegurar garantias dominiais, limitando o interesse privado pelo interesse público, aparece a figura da posse e o efetivo uso da propriedade; o direito à moradia, à dignidade humana, constituindo a função social da posse. Gravitando esse, no condão dos interesses e necessidades da coletividade, sendo reconhecida como um fato que gera direitos.

A posse implica a construção da condição de utilização econômica da coisa possuída, nos termos do Princípio da Proteção Jurídica, configurando uma relação de fato, um exercício do direito, que confere valor econômico ao possuidor, cuja eficácia esta efetivamente reconhecida. (PAZ, 2009).

Se ao proprietário que sofre a intervenção do Estado em seu patrimônio, pelo instituto da desapropriação, assegurado lhe está a justa indenização, na

mesma medida de recomposição do patrimônio que lhe foi destituído, ao posseiro do imóvel, não é justo lhe ser dado outro tratamento que não a devida recomposição financeira do direito.

Como primeira dedução então, já se pode afirmar que, se o fato jurígeno em análise a ser desapropriada for a posse, exteriorizando a propriedade, deverá esta ser considerada como bem jurídico e suscetível da proteção e indenização em consonância estrita às premissas constitucionais.

À luz dessa compreensão o presente trabalho analisou a posse, de onde se depreende que a posse agrária é um fato que gera direitos, e, inquestionavelmente, o Judiciário brasileiro tem decidido que a posse agrária afetada pelo instituto da desapropriação deverá ser essa compensada pela justa indenização ao detentor da posse atingida.

O debate entre as Teorias de Savigny e Ihering, se a posse é fato ou direito, o Código Civil Brasileiro, no artigo 1.197, tem o condão de reconhecimento do fato entre o possuidor e seu direito pessoal, ou real, dando a essa defesa do que lhe pertence. Ou seja, a posse é um fato que gera direito e tem valor mercadológico, isto é, pode ser desapropriada, e se o for, devida é a justa indenização, consoante os termos constitucionais.

Ao longo de todo estudo do presente trabalho não restou dúvidas de ter ou não valor a posse imobiliária. As práticas comerciais e todo embasamento teórico é pacífico do valor mercadológico que tem a posse e seu poder negocial. Sendo possível encontrar, a qualquer tempo, relações de mercado em que se negocia o direito de posse. Fato é que a anciandade da posse é transmitida, e sua existência ao longo do tempo é considerada para a condicionante de obtenção do direito de propriedade, pela usucapião, tanto em imóveis urbanos como rurais, embora seja apenas sobre esse último o foco desta análise.

Todavia, a legislação brasileira é silente na previsão da indenização da posse agrária. Do contrário, as práticas apontam que tem a posse o condão de redutor de valor na avaliação do imóvel rural no mercado imobiliário.

Seu valor patrimonial não permite questionamentos, para superar esse vazio, o Judiciário tem se posicionado favoravelmente em razão do direito do posseiro, ressaltando a ausência do domínio na composição do *quantum* indenizatório.



Essa atuação do Poder Judiciário, preenchendo a lacuna, encontra amparo no artigo 27 do Decreto Lei 3.365/41, quando atribui ao Magistrado, ao sentenciar, estabelecer o preço, motivando sua decisão. Nesse diapasão, encontramos justificativas de que a equidade exige que ao posseiro de imóvel desapropriado lhe fosse concedida apenas uma parte do valor apurado, por deixar ele de preencher todos os pressupostos da propriedade.

Assim, por diversos julgados, desde a década de 1970, seja nos Tribunais Regionais ou Tribunais de Justiça, ou ainda nas Cortes Superiores, o valor que tem sido decidido como justa indenização aos posseiros, em imóveis desapropriados, está pacificada a cota de 60% (sessenta por cento) do valor total apurado para o imóvel em questão.

A priori, ao depararmos com essa cota redutora, aparentava estar esse valor levitando sobre os regramentos legais. Todavia, a partir do aprofundamento da questão e da leitura dos relatórios que justificaram os votos das decisões dos Magistrados restou comprovado o atendimento aos preceitos constitucionais. A indenização da posse agrária, afetada pelo instituto da desapropriação, deverá ocorrer em valores proporcionalmente inferiores àquelas concedidas aos imóveis cuja posse e o domínio estão perfeitos.

Embora o presente trabalho perquiriu a resposta acima encontrada, cabe destacar um questionamento que ficou para uma próxima análise a ausência de tratamento dado ao posseiro nos processos administrativos que visam à propositura das ações desapropriatórias por interesse social para fins de reforma agrária.

## 6. REFERÊNCIAS

ANGIOLETTI, Ariane. **A regulamentação do artigo 23 da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 em matéria ambiental: Análise do projeto de Lei Complementar 12 de 2003**. Monografia. Univali. 2010. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Ariane%20de%20Campos%20Angioletti.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2014.

ALMEIDA Fábio Portela Lopes de. **Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática**. Rev. direito GV vol.4 no.2 São Paulo July/Dec.2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200007&script=sci_arttext)>. Acesso em: de abril 2014.

BRASIL. **Consituição da República Federativa do Brasil(1988)**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2014.

\_\_\_\_\_, **Decreto de 21.05.1821**. Coleção das Leis do Brasil 1821.. Disponível em [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret\\_sn/antioresa1824/decreto-39586-21-maio-1821-570012-publicacaooriginal-93196-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/antioresa1824/decreto-39586-21-maio-1821-570012-publicacaooriginal-93196-pe.html). Acesso em 20 mar. 2015.

\_\_\_\_\_, **Constituição de 1891**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acesso em 22 abr. 2015.

\_\_\_\_\_, **Lei 8.629/93 Comentada por Procuradores Federais: Uma contribuição da PFE/INCRA para o fortalecimento da reforma agrária e do direito agrário autônomo**. INCRA.2011.

\_\_\_\_\_, **AGU/PGF/PFE-INCRA/G/N.º 05/2008, NOTA TÉCNICA/ (ACRH). Acervo PFE/SC**. INCRA. ACERVO.2008.

\_\_\_\_\_, INCRA. **Manual de Obtenção de Terras e Perícia Judicial**. Brasília.2006.

\_\_\_\_\_, Ministério do Desenvolvimento Agrário. **Coletânea de legislação e Jurisprudência agrária e correlata.Tomo I**. Organizadores. Joaquim Modesto Pinto Junior e Valdez Farias. Brasília. Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural - NEAD .2007.

\_\_\_\_\_, Ministério do Desenvolvimento Agrário. **Coletânea de legislação e Jurisprudência agrária e correlata.Tomo II**. Organizadores. Joaquim Modesto Pinto Junior e Valdez Farias. Brasília. Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural . NEAD.2007.

\_\_\_\_\_, Ministério do Desenvolvimento Agrário. **Coletânea de legislação e Jurisprudência agrária e correlata. Tomo III**. Organizadores. Joaquim Modesto

Pinto Junior e Valdez Farias. Brasília. Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural - NEAD. 2007.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Rec. Extraordinário. 466.343-1. São Paulo. Tribunal Pleno.** Relator: Min. Cezar Peluso 03/12/200. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 02mai. 2014.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal., **RHC 79.785-RJ**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Ação Penal Originária e Duplo Grau, 29,3 2000. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC+79%2E785-J+%29&base=baseInformativo>>. Acesso em 02mai 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 77624.** Relatoria Min. Demócrito Reinaldo (1995/0055010-5 - 26/08/1996) Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199500550105&dt\\_publicacao=26-08-1996&cod\\_tipo\\_documento=3](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500550105&dt_publicacao=26-08-1996&cod_tipo_documento=3). Acesso em 12 Abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1226040**, Rel Ministro Humberto Martins). Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18175663/peticao-de-recurso-especial-resp-1226040>. 2011. Acesso em 18 abr.2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.118.854/SP**, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.10.2009, DJe 28.10.2009. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18175663/peticao-de-recurso-especial-resp-1226040>. Acessado em 12 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal 4ª Região **Arguição de Inconstitucionalidade Nº 5005067-52.2013.404.0000.** Relator TESSLER, Marga Inge Barth. Publicado em 28 de mar. 2014. Disponível em <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtPalavraGerada=aKBs&hdnRefId=4f068ebb0af169230ebf8d1c79603fa8&selForma=NU&txtValor=50050675220134040000&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigo parte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=aKBs&hdnRefId=4f068ebb0af169230ebf8d1c79603fa8&selForma=NU&txtValor=50050675220134040000&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigo parte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras)>. Acesso em 16abr.2014.

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal 5ª Região. **AC 340937 RN 2002.84.00.008589-2**, Relator(a): Desembargador Federal Ridalvo Costa. Julgamento: 15/08/2007, Órgão Julgador: Terceira Turma, Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 10/09/2007 - Página: 502 - Nº: 174 - Ano: 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes, 2003. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5ª ed. Ed. Almedina. Coimbra. Portugal.

CAPEL Filho Hélio, **Introdução Ao Estudo Do Direito Agrário.** Pontifícia Universidade Católica De Goiás. JUR 3401 - DIREITO AGRÁRIO. 2011. Disponível

em <http://professor.ucg.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/5019/material/1.INTRODU%C3%87AO%20AO%20ESTUDO%20DO%20DIREITO%20AGR%C3%81RIO.doc>. Acesso em 20 mar. 2015.

CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 edição. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2007.

CARVALHO, Josué Tomazi de, Junior Divino Fideles e Marcela Albuquerque Maciel. **Direito Agrário. Coleção Resumos para Concursos**. Ed. JusPodivm. 2015

FARIAS, ValdezAdriani, **PARECER AGU/PGF/PFE/INCRA/SC/Nº27/2011**. INCRA. Acervo.2011

FARIAS, ValdezAdriani. **PARECER AGU/PGF/PFE/INCRA/SC n. 28/2013**. INCRA. Acervo.2013.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson, **Direitos Reais**. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro.2009.

PINTO JUNIOR, Joaquim Modesto, FARIAS, Valdez Adriani. **A Função Social da Propriedade: Dimensões ambiental e trabalhista**.:NEAD. Brasília. 2005

FERNANDES, Francisco Luiz; FERNANDES, Thallita Maria Moreeuw. **Princípio da juridicidade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13405&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13405&revista_caderno=9)>. Acesso em 18 abr 2014.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Agrário: de acordo com a Lei 8.629/93**. São Paulo. Ed. Saraiva. 1994.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação Doutrina e Prática**. 2a.edição . São Paulo. Ed. Atlas. 1998.

LIMA João de Deus Alves de. **A ratificação de tratados internacionais no direito brasileiro. 2013**. Disponível em <<http://fazerdireito.tripod.com/textos/artigo01.pdf>>. Acesso em 23 de maio de 2014.

MATTOSNeto, Antônio José. **A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil**. CEJUP, Belém.1998.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Ed. Revistados Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Luci. **Metodologia do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)**. 2013. FGV. Disponível em<[http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/d/db/METODOLOGIA\\_TCC\\_2013.1.pdf](http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/d/db/METODOLOGIA_TCC_2013.1.pdf)> Acesso em 04 fev. 2015.

OLIVEIRA, Claudio Teixeira de. **Posse e Ações Protetivas: análise pelos Códigos Civis de 2002 e de 1916 e pelo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte. Ed. Forum.2011.

PAZ, ToscaMartinez e outras. **Posse : Conceito, Classificações e efeitos. Intertemas**.Unitoledo. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/341/335>. Acesso em 21 mar. 2015.

Pensamento Jurídico . Entendimento acadêmico. 2014.**Teoria da Posse – Conceitos de Savigny e Ihering**.Disponível em: <https://damiaocb.wordpress.com/2013/01/02/teoria-da-posse-conceitos-de-savigny-e-ihering/>. Acesso em 20 fev. 2015.

RAAD, KleyOzonMonfort Couri. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Natureza Jurídica. 2005**. Biblioteca Digital da Câmara. Disponível em [file:///C:/Users/luiz%20otavio/Downloads/ ato\\_disposicoes\\_raad.pdf](file:///C:/Users/luiz%20otavio/Downloads/ato_disposicoes_raad.pdf)

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**; introdução de Theophilo Cavalcanti Filho. 2 ed. revista. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1972.

RODRIGUES, RICARDO WEY 2014, **A posse - definição, características e efeitos**. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-posse-definicao-caracteristicas-e-efeitos,46850.html>. Acesso: em 10 fev. 2015.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A Desapropriação À Luz Da Doutrina E Da Jurisprudência**.6 a. edição. São Paulo. Editora RT . ed. Revista dos Tribunais. 2009.

SANTIAGO. Mariana Ribeiro. 2004 **Teoria subjetiva da posse** -Publicado em 05/2004. Elaborado em 01/2004.. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/5277/teoria-subjetiva-da-posse#ixzz3VGfE9gRd>. Acesso:06 março 2014.

SODERO, Fernando Pereira.1978. **Atividade Agraria e Agrariedade**. RivistadiDiritto Agrário, CASA EDITRICE DOTT. A. GIUFFRE . MIL. ANO. Itália. Disponível em [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Sodero1.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Sodero1.pdf). Acessado em 10 fev. 2015.

UFSC, Boletim Informativo - v2, n.2.**Territórios Quilombolas: Reconhecimento e Titulação das Terras**. Florianópolis, NUER/UFSC. 2005.