

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 429

(ano VII)

(28/08/2015)

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
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



28/08/2015 Roberto Monteiro Pinho

» [Legislação trabalhista: solução ou dissociação?](#)

ARTIGOS

28/08/2015 Luis Felipe Hatje

» [A trajetória histórica da Sociologia e a sua relação com Direito](#)

28/08/2015 Ismael de Córdova

» [A distinção da deficiência mental e o autismo](#)

28/08/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [Direitos sociais: a inconstitucionalidade do fator previdenciário gerando a percepção de proventos de aposentadoria defasados por parte de segurados](#)

28/08/2015 Ivan Ferreira Gomes Neto

» [Aplicabilidade da teoria do precedente judicial no direito brasileiro. Análise do julgamento do Resp 1418593 - MS.](#)

28/08/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Breves Comentários ao Inventário Florestal Nacional](#)

MONOGRAFIA

28/08/2015 Maria Fernanda Paci

» [Funções da pena e sistema prisional brasileiro](#)

LEGISLAÇÃO TRABALHISTA: SOLUÇÃO OU DISSOCIAÇÃO?

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, Membro do Clube Jurídico do Brasil, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro, através de matérias temáticas, defende a manutenção, modernização e a celeridade na Justiça do Trabalho, escreve em 48 dos principais sites trabalhistas, jurídicos e sindicais do País.

A modernização do Direito do Trabalho vem ganhando densidade na medida em que novas e inovadas fórmulas de aplicar penalidades ao empregador, se tornam mais agudas e até exageradas do ponto de vista da praticidade, fazendo com que instigue a propositura de recursos, frente nulidades nas decisões e sentenças. Existem institutos que precisam ser aprimorados e adequados à realidade atual com base na experiência de outros países, de modo que a legislação trabalhista deixe de ser um entrave e passe a ser indutora do crescimento econômico.

O tema não é único, eis que já se discute exaustivamente há anos, essa “modernidade”, tendo como meio a própria reforma trabalhista que tramita no Congresso, sem que um dos seus principais pontos, a redução da jornada de trabalho de 44 para 40 horas semanal saia do papel. Sobre este aspecto discute-se nos dias 27 e 28 de agosto em Porto Alegre o Colóquio Internacional: A Modernização do Direito do Trabalho, numa clara e

insofismável demonstração da necessidade urgente de seu ajuste e aprimoramento. Cabe lembrar que o governo Lula, anunciou que promoveria a reforma, no entanto decorridos 13 anos, isso não ocorreu.

Dados da base Estatística da Justiça do Trabalho (2010) organizada pelo Conselho nacional de Justiça, revela que apenas 31% dos trabalhadores conseguem efetivamente receber seus créditos. Os números foram referendados pelo próprio TST.

Tenho sido um crítico agudo da postura da magistratura trabalhista quanto a sua participação nas questões de fundo do direito do trabalho, eis que entendo *permissa venia*, que este postulado unilateral juiz/estado negocia uma situação que tem a forma e conteúdo ao gosto do julgador, e sendo assim, é de estranhar que o juiz afeto a área teria a frente que julgar tema que ele mesmo propôs. Ocorre que entre o ano de 2000 a 2012, cerca de 25 milhões de ações trabalhistas foram ajuizadas, o que corresponde a uma média de 2,5 milhões de ações por ano. Um número elevado, que somado ao resíduo de 8 milhões de ações, transformaria (e foi o que ocorreu), a JT num pandemônio. E quanto a isso os magistrados não conseguem resolver.

A proposta de modernizar a legislação trabalhista consiste em eliminar entraves burocráticos e criar leis específicas que permitam aumentar a competitividade e o diálogo entre patrões e empregados. Em segundo, porém importante plano, a fórmula ágil para entrega da mais valia do trabalhador. Uma nova lei, um novo código, seria a solução? Seria exatamente o que foi feito com o Novo Código Civil Brasileiro?

“Deveríamos ter pouca legislação e muita negociação”, defendeu o ex-ministro do Trabalho Almir Pazzianoto, no Seminário Trabalhista que a Amcham – São Paulo promoveu em fevereiro do ano passado na capital paulista. Segundo o ex-ministro, a legislação precisa parar de tratar os trabalhadores como “incapazes”. “Quando criaram a CLT [Consolidação das Leis do Trabalho], usaram como princípio que todo trabalhador é um relativo incapaz. Que somos hipossuficientes e não temos discernimento”, criticou.

A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA SOCIOLOGIA E A SUA RELAÇÃO COM DIREITO

LUIS FELIPE HATJE: Bacharelado do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG É Vice-Presidente do Conselho da Comunidade da Vara de Execuções Criminais da Comarca do Rio Grande/RS. Realizou intercâmbio na Faculdade de Direito, da Universidade de Coimbra (UC), em Portugal. Experiência em projetos de extensão e pesquisa com ênfase no Cooperativismo, Economia Popular Solidária, Execução Penal, Direitos Humanos, Gênero, Questões Decoloniais e Sistema Penitenciário.

Resumo: Partindo do pressuposto de que o Direito não existiria se não existissem sociedades, mas que as mesmas se tornariam caóticas sem a existência do Direito para organizá-la e regulá-la, o presente artigo visa destacar a proximidade/relações entre o Direito e a sociedade. A partir dessas relações, ao trabalhar com conceitos de Estado, sociedade civil, hegemonia, contra-hegemonia, ordem social e emancipação, a partir da ótica de diversos teóricos, pretende-se, aqui, destacar que o Direito - devido a sua estreita relação com a sociedade - pode auxiliar na emancipação e progresso da mesma.

Palavras-chave: Sociologia, Direito, ordem social, Estado, sociedade civil e emancipação.

Partindo da idéia de que homem é um ser social (Platão), fruto do meio em que vive, produto da história/contexto social de sua época, mostra-se indispensável um estudo mais aprofundado acerca da(s) sociedade (s), da organização da mesma e das relações que a regem. Porém, sabe-se que a sociedade é uma estrutura complexa, não tão

facilmente “decifrável”. Nela convivem grupos sociais com opiniões, interesses, e costumes dos mais distintos.

É nessa perspectiva que o estudo do Direito aliado à sociologia mostra-se essencial para a compreensão da estrutura e dos fenômenos (conflitos) sociais, pois o instrumento de regulação e manutenção da ordem social que é utilizado pelo Estado – mesmo que apenas teoricamente – é o Direito.

Assim, partindo do pressuposto de que o Direito não existiria se não existissem sociedades, mas que as mesmas se tornariam caóticas sem a existência do Direito para organizá-la e regulá-la, o presente artigo visa, ao perpassar pela história de sociologia, destacar a proximidade/relações entre o Direito e a sociedade. A partir dessas relações, ao trabalhar com conceitos de Estado, sociedade civil, hegemonia, contra-hegemonia, ordem social e emancipação, a partir da ótica de diversos teóricos, pretende-se, aqui, destacar que o Direito - devido a sua estreita relação com a sociedade – pode auxiliar na emancipação e progresso da mesma.

1. O surgimento da sociologia

A sociologia surge como resposta aos anseios trazidos pelas revoluções ocorridas no século XVIII. As revoluções Francesa e Industrial, cada qual motivada por ensejos específicos, trouxeram instabilidade a sociedade: inúmeras estruturas sociais existentes foram modificadas, surgem novos métodos e conceitos para a vida social. A Revolução Industrial é decisiva para que o sistema capitalista prospere, cria-se a dicotomia social entre burguesia e classe proletária. Já a Revolução Francesa, revolta contra o sistema absolutista vigente, inaugura a Idade

Contemporânea que consolida o regime capitalista no ocidente e torna o Estado autônomo frente às influências diretas da Igreja.

Nos períodos mais agonizantes das revoluções prosperam debates ideológicos que estudavam orientações para ações. Muitos pensadores do período acreditavam que as revoluções haviam trazido crise e anarquia a sociedade e, por meio das suas análises, procuravam restabelecer a ordem, racionalizá-la, para tentar equilibrar a sociedade. Teóricos importantes da época como Saint-Simon e Comte se propunham:

Racionalizar a nova ordem, encontrando soluções para o estado de “desorganização” então existente. Mas para restabelecer a “ordem e paz”, pois é a esta a missão que esses pensadores se entregam, para encontrar um estado de equilíbrio na nova sociedade, seria necessário, segundo eles, conhecer as leis que regem os fatos sociais, instituindo, portanto uma ciência da sociedade. (MARTINS, 2006, p. 11)

Assim, a superciência que se ocupa da realidade social – a sociologia - iniciou nesse contexto alçando mais do que a reflexão da sociedade moderna, mas intenções práticas, interferindo no rumo da civilização, tanto para manter como para alterar os fundamentos da sociedade (idem.).

2. Proximidade e/ou relações entre o Direito e a sociedade

Ao refletir sobre as possíveis relações entre o Direito e a sociedade a primeira resposta que se obtém é: o direito é o regulador da sociedade

- e é, de fato. Desde as sociedades mais “primitivas” (porque menos complexas) havia um direito – diverso do atual, que difere do modelo ocidental - que organizava e regula as relações existentes nas mesmas. Com o decorrer do tempo nota-se que as sociedades tornam-se mais complexas e, conseqüentemente, mais difíceis de serem organizadas – o que exigia a modificação das regras vigentes.

Assim, percebe-se que independente da época e da sociedade analisada, as regras que vigoravam, normatizadas ou não, nada mais eram do que o reflexo das relações sociais que existiam. Em outras palavras, os fatos sociais^[1] (maneiras de agir e maneiras de ser dos indivíduos) influenciam na elaboração do Direito, que surge justamente para regular as condutas humanas: o ser influencia o dever-ser^[2]. Sendo assim, não há que se negar que existe um elo inseparável entre a sociedade e o Direito e, também, que o mesmo auxilia na manutenção da ordem social.

Destaca-se que a ordem social não deve ser compreendida de acordo com as teorias de Durkheim. De acordo com esse teórico, a ordem social seria bastante rígida, uma vez que não relegava legitimidade à condutas individuais: um movimento para não ser anômico deveria ser adotado pela coletividade. Desse modo, condutas que não se coadunassem com as condutas predominantes, mais cristalizadas, adotadas pela coletividade, seriam consideradas como patológicas, anômicas, devendo ser sancionadas.

Ademais, o Direito pode auxiliar na manutenção da ordem social e promoção do bem comum ao passo que, ao promover a igualdade social, diminui a desigualdade entre as classes, amenizando as lutas entre as

mesmas. Essa concepção de luta de classes pode ser extraída do pensamento de Marx. Esse teórico, que desenvolve suas idéias à época da ascensão do capitalismo, destaca que nesse modo de produção acaba se desenvolver duas classes sociais antagônicas: o proletariado, que não possui o controle dos meios de produção e por isso vende sua força de trabalho, e a burguesia, classe detentora do modo de produção e que compra a força de trabalho e a explora na medida que não paga parte desse trabalho. Essa exploração do trabalho recebe o nome de mais-valia e é a mola propulsora do sistema capitalista.

Ao mesmo tempo que se desenvolve o capitalismo industrial, os trabalhadores assalariados da indústria vão se organizando em associações, coalizões, sindicatos e, por fim, em partido político. Pouco a pouco eles compreendem as suas condições semelhantes de vida, as suas relações sociais imediatas de trabalho, as suas relações entre si, com as outras classes sociais e, em especial, com a burguesia. (IANNI, 1979, p. 18).

Surge então o Estado como expressão das lutas de classes, pois “quando se refere às estruturas jurídicas e políticas, que expressam as relações de produção, está se referindo à 'superestrutura' da sociedade, ao poder estatal” (idem. p. 30). Para Marx o Estado, que não se distingue politicamente da sociedade, funda-se em diversas contradições, pois não é a expressão de uma sociedade harmônica, mas pelo contrário, é a necessidade da regulação entre as contradições políticas. No entanto, o

Estado não aparece para os atores como uma arena de luta, sua apresentação diante destes já se mostra fetichizada, pois é imaginado pela coletividade como um ato de vontade coletivo. (idem. p. 32).

Ao trabalhar com as questões políticas e econômicas do Estado, Marx entende o Estado Burguês como uma “expressão essencial das relações de produção específicas do capitalismo” (idem. p. 32) e está de tal forma organizado que serve de instrumento político para a dominação de uma classe sobre outras, o que não impede contudo que o Estado não possa representar também outras classes políticas em seu bojo (idem. Ibidem).

Porém, se o Direito é o instrumento regulador da sociedade, cabe ao mesmo conciliar e atender às necessidades e anseios das diferentes classes existentes no âmbito social. Certamente isso não é tarefa fácil (segundo Santos, o Direito já não regula devidamente a sociedade), mas a partir do momento em que se compreender que o Direito também pode ser um instrumento utilizado para a emancipação social, para a promoção do bem comum, tornar-se-á mais viável o desejo – um tanto utópico – de atender aos diversos interesses das diversas classes sociais, visto que atualmente, diferente da época em que viveu Marx, há inúmeras classes sociais.

Em outras palavras, cabe ao Direito conciliar as idéias hegemônicas e contra hegemônicas. Esses conceitos (hegemonia e contra-hegemonia) são conceitos elaborados por Gramsci e estão relacionados à capacidade que uma classe tem de impor sua cosmovisão às demais classes sociais (hegemonia) e à consciência de um grupo não

dominante que se mantém e enfrenta o pensamento dominante, especialmente no campo político (contra-hegemonia). Dessa forma, se entendemos o Estado burguês como um aparelho elaborado para melhor servir ao capitalismo, como compreende Marx, compreendemos também que o pensamento hegemônico inclina-se pela regulação social, enquanto o contra-hegemônico pela emancipação.

De acordo com Santos, a tensão dialética entre emancipação e regulação que durante modernidade se apresentava na sociedade desaparece quando a burguesia se torna a classe politicamente dominante. Quando ocorre a ascensão política da classe burguesa essa tensão começa cada vez mais a perder força, fazendo com que a regulação se transforme no duplo da emancipação. Isso se sucede em três fases diferente, de acordo com Santos. A primeira delas é no começo do século XIX, quando surge o Estado Liberal. A segunda se inicia no final do mesmo século, quando as lutas sociais passam a ganhar maior corpo e impulsionam o surgimento do Estado Social e a terceira fase ocorre no final da década de 60 e continua até os nossos dias.

Desde a incorporação do direito romano, que durante a idade média garantia à classe mercantil nascente uma maior segurança e dinâmica nas relações jurídicas, (vale lembrar que o direito feudal era completamente descentralizado, o que fazia com que houvesse uma gigantesca quantidade de estruturas jurídicas pairando sobre cada indivíduo) passando pelo direito natural racionalista que servira tanto para dar legitimidade ao despotismo iluminado quanto ao ideias democráticos e liberais (assim a regulação e emancipação aparecendo

nesse caráter dúbio) e também pelos contratualistas que através de Locke, Rousseau e Hobbes deram primazia em suas teorias aos princípios do comércio, Comunidade e Estado respectivamente para tentar resolver

A tensão que aqui surge (...) entre a certeza e a justiça, uma tensão muito semelhante à que Vico exprimiu (a tensão entre o certum e o verum, ou seja, o aequum). A justiça e a certeza estão ambas na raiz do novo projeto de sociedade pelo qual o ser humano é moralmente responsável. Dado que o ser humano se acha simultaneamente livre do estado de natureza e livre para exercer uma opção moral, a sociedade é um produto da escolha humana. Perante a individualidade da escolha humana, como é possível criar, a partir dela, uma vida coletiva? Por outras palavras, como é possível criar uma obrigação política assente na liberdade? (SANTOS. 2000. p. 130)

Quando ocorre a ascensão política da classe burguesa essa tensão começa cada vez mais a perder força, fazendo com que a regulação se transforme no duplo da emancipação. Isso se sucede em três fases diferente, de acordo com Santos. A primeira delas é no começo do século XIX, quando surge o Estado Liberal. A segunda se inicia no final do mesmo século, quando as lutas sociais passam a ganhar maior corpo e impulsionam o surgimento do Estado Social e a terceira fase ocorre no final da década de 60 e continua até os nossos dias.

No primeiro desses períodos o direito ganha, justificado especialmente pelo positivismo, caráter instrumental para a regulação especialmente do mercado. Divide-se teoricamente o direito em dois grandes ramos: o público e o privado. O primeiro com a intenção de regular as relações entre o Estado e o indivíduo e o segundo com a finalidade de regular as relações destes entre si. Também o Direito perde grande parte do caráter ético que adquirira com o jusracionalismo, “o direito separou-se dos princípios éticos e tornou-se um instrumento dócil da construção institucional e da regulação do mercado; a boa ordem transformou-se na ordem do *tout court*” (SANTOS, 2000. p. 140). Também o Direito é reduzido ao Estado, apenas desse emana a regra jurídica legítima, daí então se dizer que “a dominações política passou a legitimar-se enquanto dominação técnico-jurídica” (idem. p. 143) expressa de forma taxativa pela ideia de dominação racional de Max Weber.

No final do século XIX esse contexto político e jurídico passou por profundas transformações que acabaram por tornar menos nítidas as fronteiras que antes foram traçadas entre sociedade e Estado. De acordo com Santos

(...) a necessidade de uma gestão econômica pública imposta pela crescente complexidade da economia capitalista. Por outro lado, as externalidades do crescimento econômico decorrentes da crescente desigualdade dos agentes econômicos (não somente entre o capital e o trabalho, mas também no seio do próprio capital)

conduziram à necessidade de intervenção do Estado, sobretudo para regular os mercados. (2000. p. 147).

Daí a necessidade cada vez maior da gerência do Estado em questões que antes eram tidas como tipicamente privadas, como o contrato de trabalho. Nesse período a “dimensão político-jurídica do paradigma da modernidade foi totalmente redefinida para conciliar objetivos antagônicos e equilibrar interesses que o período anterior considerara insusceptíveis de conciliação e equilíbrio” (idem. p. 149).

Assim, as condições a serem desenvolvidas para que realmente o Direito figure como instrumento de transformação e emancipação social e atenda a demanda por uma boa sociedade passam pelos movimentos emancipatórios que de fato são a expressão das “organizações e dos grupos cosmopolitas subalternos que recorrem à lei para levar as suas lutas por diante” (SANTOS, 2003, p.71).

Porém, conforme o autor, diante desta relação sociedade e direito percebe-se que o acesso diferencial das classes sociais à justiça e ao próprio direito tem sido questão pertinente, inclusive servindo de análise para os estudos sociológicos. As lutas sociais desenvolvidas principalmente pelos grupos menos privilegiados da sociedade permitiram a afirmação do Estado-Providência, o qual possibilitou a dilatação dos direitos sociais já alcançados anteriormente de forma singela, bem como o acesso a estes grupos desprivilegiados às redes de consumo. Logo, este mesmo Estado propiciou um aumento dos litígios em virtude dos propósitos a que se incumbia. O Estado-Providência já não mais foi capaz de assistir e providenciar estes propósitos que buscava

defender, o que ocorreu foi uma discrepância entre a procura e a oferta de serviços oferecidos por parte da administração da justiça, ocasionando a chamada “crise da administração da justiça”. O que acaba sendo constatado por este autor é o fato de que a justiça aos menos desprivilegiados se torna extremamente inacessível economicamente. Os grupos desfavorecidos em geral dispõem de litígios de pequenos valores, e são estes valores que acabam gerando o aumento do custo para os mesmos grupos, pois quanto menores os litígios maiores as quantias a serem cobradas para a defesa das causas.

O que se evidencia ainda com a obra de Santos (1999) é de que além do mais, na sociedade é verificado que as classes inferiores pouco ou nada sabem acerca de seus direitos, e se encontram muito distantes deste acesso à administração da justiça. Outro fator deste distanciamento está no receio em procurar a justiça por parte dessas classes, em virtude da constatação ao longo dos anos do ônus sempre recair sobre os mais frágeis da relação.

A análise a ser realizada na sociedade atual a respeito da administração da justiça deve voltar-se para a desvinculação da ideia de administração da justiça como uma função neutra, também da ideia de que os juízes em suas sentenças afastam-se por completo das suas convicções (sociais, políticas, religiosas, etc.) e seus interesses.

Nesta perspectiva, ainda o mesmo autor diz que se vive um período de transição na sociedade atual, na qual as transformações sociais verificadas são protagonizadas por um grupo minoritário de pessoas, enquanto a imensa maioria da população apenas obedece aos

planejamentos e criações feitas. Além deste período de transição encontra-se também o período de crise, pois a desigualdade na sociedade só tem aumentado com o passar dos tempos e assim como consequência, talvez, o desrespeito aos já consagrados direitos humanos; constatando-se o fato de que muitas pessoas não têm seus direitos mínimos garantidos.

Ademais, o Direito, segundo Santos, pode-se dizer que na atual sociedade já não mais a regula devidamente, sendo ainda que todos os elementos característicos do Estado também se encontram em crise, entre eles a soberania, visto que o Estado coexiste com o direito não-oficial dos múltiplos legisladores não-estatais, existindo uma competição quanto ao monopólio da violência e do Direito.

O que se percebe é a discrepância existente entre as conclusões de tal autor, e a função do ente estatal, pois este é destinado à manutenção, pela aplicabilidade do Direito, da ordem social. Logo, há uma crise na ordem social por consequência lógica.

CONCLUSÃO

Assim conclui-se que há necessidade, segundo Santos, da criação de uma nova política judiciária, tendo em vista a preponderância de democratização do Direito e para que o mesmo seja um instrumento eficaz de transformação social. É necessário pensar o direito a partir da perspectiva que melhor se adéque aos interesses das classes sociais menos privilegiadas, pois desse modo será possível construir uma boa sociedade. As ideias de globalização neoliberal acabam por excluir e dominar a maioria da população, por este motivo, o autor diz ser de suma importância que o direito, na busca pela emancipação social, deve ser

contra hegemônico, pois são as lutas contra hegemônicas que irão combater a desigualdade extinguindo o fascismo social com o auxílio de estratégias político-jurídicas.

REFERÊNCIAS

IANNI, Octávio (org.). *Karl Marx: sociologia*. São Paulo: Ática. 1979

MARTINS, Carlos Benedito. *O que é Sociologia?* São Paulo: Brasiliense, 2006.

QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Lígia de oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. *Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça*. 7ª edição. Porto: Afrontamento, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 65, 3-76. Maio 2003.

Disponível em:
http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF. Acesso em: 27/10/2011.

NOTAS:

[1] O conceito de “fato social” foi elaborado por Durkheim. Os fatos sociais compreendem “toda maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou então ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria,

independente das manifestações individuais que possa ter”
(QUINTANEIRO, Tania.)

[2] Teoria dialética-integral de Maurice Haurriou.

A DISTINÇÃO DA DEFICIÊNCIA MENTAL E O AUTISMO

ISMAEL DE CÓRDOVA: Bacharel em Direito - Unesc/2010. Pós graduando em gestão empresarial e gestão de Pessoas Fucap/2012. Conselheiro de Direitos da Criança e Adolescente de Criciúma/SC - 2012. Coordenador de Projetos - Prefeitura Municipal de Criciúma/SC - 2012. Coordenador do Diagnóstico da realidade da criança e adolescente do município de Criciúma/SC - 2012.

Resumo: O contexto histórico da deficiência mental diz respeito ao estudo dos comportamentos da sociedade em relação as pessoas com essa deficiência ao longo do tempo. Este estudo demonstra as várias alternancias de tratamento das diversas sociedades do mundo em várias épocas em relação ao deficientes mentais. A análise de como era tratada a dignidade da pessoa, o discernimento da natureza humana e distiguindo da animal. A interrelação da deficiência com a religião. Será abordado também como os deficientes foram tratados no Brasil, período do império até a atualidade, a diferença entre o doença mental, deficiência mental e autismo.

Palavras-chave: autismo - deficiência mental – dignidade humana - ser humano

Abstract: The historical context of mental deficiency concerns the study of the behavior of society towards people with this deficiency over time. This study demonstrates the many alternations of dealing with the diverse societies of the world at various times in relation to the mentally disabled. The analysis of how it was treated upon personal dignity, discernment of human nature and distiguindo the animal. The interrelationship of

disability with religion. Will also be addressed such as the disabled were treated in Brazil, Empire period to the present, the difference between mental illness, mental retardation and autism.

Keywords: autism - mental disability - human dignity - human.

Introdução

A deficiência/doença mental é também conhecida no senso comum como “loucura”, demonstrando um estado irracional do ser humano, muitas vezes, as causas eram atribuídas aos deuses na antiga grécia.

Assim sendo, a deficiência mental era desde os primórdios relacionados ao estado animal ou a religião do ser humano. O entendimento sobre o tema evolui com o passar dos tempos, passando da total ignorância até o reconhecimento da dignidade da pessoa e todos os seus direitos enquanto ser humano. Será abordado também o autismo e suas diversas origens.

Neste estudo, pretende-se conhecer como as diversas sociedades desde as mais remotas até a atuais tratavam o seu deficientes mentais e conseqüentemente fazer a relação entre a doença mental e o autismo demonstrando que são totalmente distintos.

1 Visão geral e contexto histórico

Vive-se o desenvolvimento da idéia de identidade humana ao longo dos séculos, porém, foram os gregos, a partir da sua filosofia, que deram os primeiros passos para a noção do “ser humano”. Fazendo a diferenciação da natureza e os demais seres vivos, além do humano, os gregos fundaram a dignidade humana, através de seus pensadores.

Fazendo esta separação entre os animais e os seres humanos. Mas como toda a ação traz consigo uma reação, lei natural, a formação da identidade humana abrigava em si as exclusões. Na obra de Homero citada pelo autor Pessotti, (1995, p.19), afirma que a loucura é além de tudo um estado de desrazão, de perda do controle consciente, perdendo a noção de realidade física ou social, no entanto, a origem sem dúvidas, é de Zeus e de outros deuses ou entidades subalternas dos mais diferenciados níveis hierárquicos, no plano da divindade. (PESSOTTI, 1995, p. 19). Cabe ressaltar o fato de que nesta época nem se cogitava a idéia de separação entre corpo e mente tudo era atribuído a cóleras dos deuses e seus intermediários (*atê*):

A loucura, estado de *atê*, é apenas uma interferência transitória (e caprichosa) dos deuses, sobre o pensamento e a ação dos homens e que pode levá-los a comportamento nocivo ou bizarro. Mudando o humor da divindade, a loucura e seus efeitos desaparecem. (PESSOTTI, 1995, p.20).

Segundo o que consta ainda no texto de Homero, os seus heróis por decisão dos deuses eram tornados loucos, jamais era admitido que algum de deles enlouquecia sem que fosse manifestação de alguma divindade, pois, existia a “cultura da vergonha” devido à aristocracia guerreira da Grécia antiga com toda a sua tradição, prestígio social, honra e fama, que eram valores sociais éticos e supremos não poderiam compactuar com atos desvairados, destemperos passionais ou as explosões homicidas do ódio ou inveja, este tipo de comportamento não era em nenhum

momento atribuído aos seus autores, mas, convenientemente aos deuses e seus intermediários. (PESSOTTI, 1995, p.21).

Se vendo como ser racional, os gregos também se viam como dignos e livres para poder participarem da polis, ou seja, da política. Assim já excluindo as mulheres, os escravos, estrangeiros e “loucos” de participarem. Os deficientes mentais como não tinham racionalidade conseqüentemente não eram dignos de participarem da política grega. Historicamente entre os gregos quem tivesse qualquer tipo de deficiência principalmente as crianças, corriam o risco de serem exterminadas, pois eram julgados como incômodo e uma sobrecarga para a sociedade, principalmente porque os gregos cultuavam profundamente o corpo perfeito (PESSOTTI, 1995 p.3).

[...] as crianças portadores de deficiências físicas ou mentais eram consideradas sub-humanas, o que legitimava sua eliminação ou abandono, práticas perfeitas coerentes com os ideais atléticos e clássicos, além de classistas, que serviam de base à organização sócio-cultural de Esparta e Magna Grécia. (PESSOTTI, 1984, p.3).

PESSOTTI, ao escrever sobre Cláudio Galeno, que viveu entre 131 e 200 d.C expõe sua visão e descreve a natureza da loucura.

Com Galeno, vê-se que a natureza da loucura, chamada delírio, mania ou melancolia, é híbrida: é orgânica, somática porque implica o desarranjo humoral apesar das inovações conceituais e dessa

aparente “abertura” para conceitos psicológicos não se abole, na doutrina galentista a rigidez organicista. As alterações emocionais ou comportamentais são ainda sintomas, embora sejam, agora, sintomas “essenciais” discriminantes. As idéias de Galeno preparam o caminho para uma fisiologia menos mecânica. (PESSOTTI, 1995, p.76).

Somente na idade média, a qualidade de deficiente mudou, deixando de ser visto como “coisa” e passando para a condição de “pessoa” oriunda do cristianismo a dignidade humana é agregada a fé cristã, onde todos os homens eram iguais entre si e filhos de Deus, assim como todas as demais criaturas vivas. Era defendida já nesta época a dignidade humana sem distinção de raça, cor, naturalidade, cultura e condição social. Pregava-se que deveria haver respeito mútuo as pessoas e os povos. Mas, na prática a realidade foi outra, a fé cristã trouxe mais uma enorme carga de exclusão, ao considerar que alguns como hereges, selvagens, pagões e índios não tinham alma e inclusive as pessoas com deficiência mental, foram aniquilados pelas cruzadas e inquisições. Estes últimos eram acusados de bruxarias, ou eram possuídos por espíritos malignos sendo frutos da união entre a mulher e o demônio, o que justificava a queima de ambos mãe e filho. (PESSOTTI, 1995, p.78).

Atualmente tal comportamento parece crueldade, mas era a prática daquele momento histórico, hoje intitular-se-ia genocídio, tudo isso com o objetivo da segregação por um longo período da história o ser humano foi marcado por vários tipos de sentimentos que vão da rejeição,

piedade, proteção e supervalorização. Os deficientes mentais dependendo da época eram abandonados em locais de isolamento, prisões, ambientes de proteção, sendo todos esses atos justificados na cultura local e no momento histórico. As crianças eram consideradas subumanas o que legitimava a eliminação ou abandono.

Na idade média também eram mantidas por alguns senhores feudais, casas de assistência para deficientes, mas o tratamento prestado era feito de forma cruel, a ausência de higiene era comum ao longo do tempo o feudalismo foi perdendo sua influência, abrindo caminho para a idéia que a pessoa com deficiência^[1] deveria inserir-se no sistema de produção. Isto porque a presença de um deficiente físico em uma família gera custos, além de não contribuir financeiramente, também não ajuda nas funções domésticas (FOUCAULT, 2003, p. 53).

O domínio do homem sobre a natureza conjuntamente com a mudança do sistema feudal para o capitalismo traz drásticas modificações no que se refere ao desenvolvimento das ciências e da tecnologia. John Locke (1632-1704) um dos pensadores da época enaltece as idéias de igualdade para todos e, coisa que até hoje ainda não acontece e essa afirmativa acaba por abalar profundamente o dogmatismo cristão. (MARANHÃO, 2005, p.20).

Com o renascimento, a situação social das pessoas portadoras de deficiência conseguiu caminhar rumo à superação desta fase da história do homem, ou seja, as ciências em geral sofreram um grande avanço, impulsionando assim uma visão mais

humanitária das atitudes sociais com os chamados “deficientes físicos”. (MARANHÃO, 2005, p. 26).

As grandes invenções que visaram superar as barreiras e dificuldades causadas pela deficiência física surgem na Idade Moderna, tais como: bengalas ou bastões para apoio, muletas, coletes, calçados especiais, próteses, cadeiras especiais e vários outras. A França revoluciona o tratamento prestado aos deficientes abrindo instituições voltadas à educação de surdos em 1760 e cegos em 1784 (SILVEIRA, 1993, p. 64).

Se o surgimento das primeiras instituições escolares especializadas correspondeu ao ideal liberal de extensão das oportunidades educacionais para todos, [...] respondeu também ao processo de exclusão do meio social daqueles que podiam interferir na ordem necessária ao desenvolvimento da nova forma de organização social. (SILVEIRA BUENO, 1993, p. 64).

Os demais países copiaram rapidamente o modelo de instituição como forma de afastar os deficientes do convívio social. Houve nesse período também a migração das deficiências ocorridas devido a guerras, desordens congênitas, entre outros para acidentes de trabalho e doenças profissionais devido ao próprio meio de produção da época. (ALVES, 1992, p. 30).

Na escravidão os trabalhadores eram vítimas de constantes maus tratos, castigos físicos ou acidentes

nas lavouras ou nos engenhos, assim na maioria das ficavam impossibilitados para o trabalho. No século XIX as pessoas que eram vítimas de alguma paralisia ou deformação congênita eram apelidadas e motivos de deboche. (ALVES, 1992, p. 30).

O que a sociedade deixa de perceber ao fazer deboches e colocar apelidos é que não há definição para “normal” e inexistente também um parâmetro medindo qual o grau de loucura de cada indivíduo, qual a certeza de estarmos sonhando uma vivendo uma realidade. “Entre todas as outras formas de ilusão a loucura traça um dos caminhos da dúvida dos mais freqüentados pelo séc. XVI. Nunca se tem certeza de não estar sonhando, nunca existe uma certeza de não ser louco”. (FOUCAULT, 2003, p. 47).

E ainda, as instituições para os deficientes que vão surgindo pela Europa e se alastram pelos demais continentes o que Foucault chama de “Grande Internação”, não apenas com o fim de escolarizar essas pessoas, mas com cunho político, social, religioso, econômico e moral. A legítima prisão dos “anormais” (FOUCAULT, 2003, p.53).

Os grandes hospícios, as casas de internação, obras de religião e de ordem pública, de auxílio e punição, caridade e previdência governamental são um fato da era clássica: tão universais quanto a ela e quase contemporâneos de seu nascimento. (FOUCAULT, 2003, p.53).

A internação tem duplo sentido, ora oscilando para beneficência ora para a repressão, cada interno é valorado de uma forma diferente, mas todos são tratados como sujeito moral, com intuito de prevenir as imoralidades feitas pelos deficientes antes mesmo de serem visto com piedade ou como objeto de conhecimento (FOUCAULT, 2003, p.61).

A grande crise da internação que precede de pouco a revolução está ligada à experiência da loucura que se pode ter com a obrigação geral do trabalho. Não se esperou o século XVII para “fechar” os loucos, mas foi nessa época que população com a qual se lhes reconhecia algum parentesco. (Foucault, 2003, p.73).

Seguindo a lógica de Foucault, o internamento seria uma espécie de eliminação espontânea do “a-sociais”, a era clássica teria neutralizado, com extrema eficácia, tanto mais segura quanto cega; aqueles que não sem hesitação, nem perigo, distribuídos entre prisões, casas de correção, hospitais psiquiátricos ou gabinetes de psicanalistas. (FOUCAULT, 2003, p.73).

A instituição médica, em caso de loucura, deve tomar o lugar da instituição judiciária, a justiça não pode ter competência sobre o louco, ou melhor, a justiça tem de se declarar incompetente quanto ao louco, a partir do momento em que o reconhecer como louco: principio da soltura, no sentido jurídico do termo. (FOUCAULT, 2003, p.40).

Ocorre à separação entre a medicina e o direito, sendo este último isento de qualquer responsabilidade perante os deficientes mentais, isto porque o direito é uma ciência racional e não pode tratar de irracionais esta era a visão de Michel Foucault, que faz analogia muito abstrata afirmando e intitulado os “loucos” como monstros.

Monstro, portanto não é uma noção médica, mas uma noção jurídica. No direito romano, que evidentemente serve de pano de fundo para toda essa problemática do monstro, distinguiram-se com cuidado, se não com clareza, duas categorias da deformidade, da enfermidade do defeito (o disforme, o enfermo, o defeituoso, é o que chamavam de *portentum* ou *ostentum*), e o monstro propriamente dito. O monstro da idade média ao século XVIII de que nos ocupamos, é essencialmente o misto. É o misto de dois reinos, o reino animal e o reino humano. É a mistura de duas espécies: o homem com cabeça de boi é um tipo de monstro. (FOUCAULT, 2003, p.78/79).

No Brasil, em 1854, Dom Pedro II deu um grande passo para mudar a situação das pessoas com deficiência física no Brasil, pois ordenou a construção de três organizações importantes: O Imperial Instituto dos Meninos Cegos; Institutos de Surdos-Mudos e o Asilo dos inválidos da Pátria. Assim dessa forma seguindo as tendências mundiais o Brasil também retira por meio de instituições os seus deficientes do convívio social. Não é de se espantar que os primeiros atendimentos datem de

1954 provindos da iniciativa privada, como praticamente todas as políticas públicas no Brasil, somente seis anos mais tarde em 1960 o governo brasileiro decretou a Lei 4.020/61 “A educação de excepcionais é enquadrada no sistema de ensino, visando à integração desses alunos na comunidade”. Essa Legislação trás consigo um apoio financeiro através de políticas públicas e estabelece normas e diretrizes de ações para a integração de pessoas portadoras de deficiência. (CARMO, 1991, p. 27).

Em nosso país existe a diferença da doença e deficiência mental: a primeira consiste na anormalidade do comportamento que resulta o distúrbio mental. A segunda enfatiza uma carência do cérebro humano, apresentando atraso nítido em suas habilidades:

Doença mental: devemos entender qualquer anormalidade na mente ou no seu funcionamento. A anormalidade perante o comportamento aceito de uma sociedade é indicativo de doença. A doença mental é conhecida no campo científico como psicopatologia ou distúrbio mental e é campo de estudo da psiquiatria, neurologia e psicologia.

Deficiência mental: corresponde a expressões como insuficiência, falta, falha, carência e imperfeição associadas ao significado de deficiência (latim - deficiente) que por si só não definem nem caracterizam um conjunto de problemas que ocorrem no cérebro humano, e leva seus portadores a um baixo rendimento cognitivo, mas que não afeta outras regiões ou funções cerebrais. A principal

característica da deficiência mental é a redução da capacidade intelectual (QI), situadas abaixo dos padrões considerados normais para a idade, se criança ou inferiores à média da população quando adultas. O portador de deficiência mental, na maioria das vezes, apresenta dificuldades ou nítido atraso em seu desenvolvimento neuropsicomotor, aquisição da fala e outras habilidades (comportamento adaptativo). (BRASIL, 1997).

A falta da assistência necessária e dos recursos apropriados ocasiona uma ampliação na dificuldade de sociabilização que pelo próprio deficiente mental já é imensa, assim ferindo Princípios Constitucionais como Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade, da não discriminação entre outros.

2 Autismo e suas origens

Partindo do pressuposto que o autismo não tem ainda uma causa específica definida trata-se, pois de uma síndrome (conjunto de sintomas), mas sendo também tratada através de remédios e terapias, levando em consideração o posicionamento da Classificação Internacional de Doenças 10 – (CID 10), que classifica o autismo como sendo um Transtorno Global de Desenvolvimento (TGD) e mais recentemente como Transtorno Invasivo de Desenvolvimento (TID) por não estar oficialmente ainda na CID 10 será usado do termo TGD, e assim desmistificando a sua relação com fatores raciais, étnicos ou até mesmo sociais. Existem, no entanto, apenas suspeitas de fatores psicológicos no meio ambiente dos portadores de

autismo, porém não existem provas científicas que respaldem provando a influência. Identificar a origem do autismo não é tarefa fácil, são várias as hipóteses da origem desse transtorno.

Uma das principais características do TGD é um pequeno grau de interação social, comportamento e comunicação, a complexidade dos sintomas e a diversidade das explicações perpetuam até hoje. Diferentes autores concordam em citar o autismo como uma questão que apresenta grandes controvérsias, uma vez que engloba, dentro dos seus conceitos, uma gama bastante variada de doenças com diferentes quadros clínicos que tem como fator comum o autismo.

A primeira vez que a nomenclatura *autista* foi utilizada em 1906, por Plouller^[2], identificando como a perda de contato com a realidade que por conseqüência acarreta uma dificuldade e até mesmo uma impossibilidade de comunicação e interação social. (GAUDERER, 1997, p. 6).

Arrisca-se até em afirmar que é um mundo impenetrável, o relacionamento com uma pessoa com autismo é muito complexo e de difícil compreensão e explicação. Por isso tanto divergências a respeito do próprio conceito de autismo, vários pesquisadores entram em conflito quando visa à conceituação deste transtorno, de forma que o estudo do mesmo é comparado como se fosse uma pesquisa de antropológica em Marte. Sendo o autismo um mundo desconhecido, sem um início e um fim, afirma também o autor que a incidência poderia ser cinco vezes mais comum que a própria síndrome de Down e três vezes mais comuns que os diabetes. (OLIVER, 1995, p. 09).

A necessidade de imutabilidade é uma das características típicas entre as pessoas com autismo, que tem, diga-se de passagem, a fascinação por movimentos circulares, repetição de movimentos incansavelmente como ficar rolando caneta entre os dedos ascender e apagar a luz ou até mesmo ficar observando o movimento de um ventilador durante horas.

Entretanto, os autistas têm uma ótima memória, gravando com muita facilidade datas, nomes, fatos que são repetidos com precisão após um determinado tempo semanas. Alguns dos movimentos dessas pessoas são considerados estereotipados como sacudir as mãos, autoninar, girar objetos compulsivamente. São ótimos também atividades como montagem de quebra-cabeças, mas apresentam dificuldade se nessa tarefa for requerido compreender o significado, como, por exemplo, compreender uma seqüência de imagens que contenham uma história. (PEETERS, 1998, p.10).

“[...] eles sentem, ouvem e vêem, mas seu cérebro administra estas informações de maneira peculiar (por este motivo a definição do autismo no Manual de Diagnostico e Estatística de Distúrbios Mentais - DSM IV é relacionada com desajustes qualitativos na comunicação e interação social”. (PEETERS, 1998, p.10).

O autismo mesmo com os avanços tecnológicos não se pode chegar a um diagnostico preciso, uma série de condições tem sido descritas e estudada, visando assim uma maior compreensão do significado do ser

autista. Conhecido desde a década de 40 quando foi descrita por Leo Kanner que publicou em 1943 nos Estados Unidos em sua obra “Distúrbios Autísticos do Contato Afetivo”, que identificou entre os autistas uma grande diferença entre os demais pelo comportamento peculiar com dificuldade extrema de manter relações interpessoais consistindo esse conjunto de sinais a relação direta com o quadro de esquizofrenia. (GAUDERER, 1997, p.6).

Autores, como Barack, reforçam a idéia do déficit cognitivo, frisando que o autismo tem sido, nos últimos anos, focado sob a ótica desenvolvimentista, sendo relacionado à deficiência mental uma vez que cerca de 70 a 80% das pessoas com autismo o são. No entanto, pela penetração e abrangência dos conceitos, somos obrigados a nos reter ao autismo a partir de sua constelação comportamental, para que possa ser explorado minuciosamente e para que possam ser estabelecidas conexões causais dentro das possibilidades atuais (BARACK, 1992, p 324).

Segundo Gauderer a definição resumida de autismo pela “*The National Society for Autistic Childrem*” USA - 1978 é:

Autismo é uma inadequidade no desenvolvimento que se manifesta de maneira grave, durante toda a vida. É incapacidade, e aparece tipicamente nos três primeiros anos de vida. Acontece cerca de cinco entre cada dez mil nascidos e é quatro vezes mais comum entre meninos do que meninas. É uma enfermidade encontrada em todo o mundo e em famílias de toda configuração racial, étnica e social.

Não se conseguiu provar nenhuma causa psicológica no meio ambiente dessas crianças que possa causar autismo (GAUDERER, 1993, p. XI).

Embora haja estudos no mundo inteiro, apesar das várias definições a mais adequada e aceita é de Gauderer, as causas do autismo ainda não puderam ser detectadas, os sintomas variam amplamente e manifestam-se de diversas formas, variando do mais leve ao mais alto comprometimento. Não existe ainda uma cura, apenas tratamento com o objetivo de desenvolver suas habilidades da melhor maneira possível.

2.2.2. Autismo infantil

A síndrome aparece em idades precoces tendo em vista a presença de desvios nas relações interpessoais principalmente desenvolvendo dificuldades em suas comunicações linguagens e comportamentos. Cabe ressaltar que o autismo infantil é predominante de condições crônicas com início na infância, permanecendo até o final do terceiro ano de vida. (SCHWARTZMAN, 1994, p. 7).

Segundo Gauderer (1997) é de extrema importância que se tenha observação bem clara sobre a criança com autismo, pois as mesmas apresentam algumas características que trazem como base elementos nítidos para se ter uma percepção maior do autismo em si. Dentro de uma visão clínica de diagnóstico o portador de autismo apresenta comportamentos estereotipados. Exemplificando:

1. Início antes dos dois anos e seis meses (trinta meses);

2. Os mesmos apresentam uma forma de desvio do desenvolvimento social;
3. Uma determinada forma de desvio do desenvolvimento da linguagem;
4. Apresentam comportamentos estereotipados e rotinas; (por exemplo, as brincadeiras são repetitivas pouco imaginativas e sem variedades trazendo uma rotina freqüente;
5. Ausência de delírios, alucinações e distúrbios do pensamento do tipo esquizofrênico.

A criança autista apresenta um rosto inexpressivo dificultando a apreensão de suas emoções, porém essa internalização reflete em contato com outras pessoas. A maioria das crianças com autismo possui uma fisionomia normal, porém sua seriedade pode dar a impressão errada de muita inteligência. (GAUDERER, 1997, p 43).

A pessoa portadora de autismo tem uma expectativa de vida normal. Uma reavaliação periódica é necessária para que possam ocorrer ajustes necessários quanto às suas necessidades, pois os sintomas mudam e alguns podem desaparecer com a idade. As formas mais graves dessa síndrome apresentam sintomas como os de autodestruição, gestos repetitivos e, raramente, comportamento agressivo, que podem ser muito resistentes a mudanças necessitando freqüentemente de

tratamento e técnicas de aprendizagens muito criativas e inovadoras. (GAUDERER, 1997, p. 3)

Ainda conforme autor acima, o autismo infantil é mais freqüente em meninos do que em meninas, tendo uma proporção aproximada de três para um, todavia nas meninas com autismo a probabilidade está associada a sua história familiar comumente ligada a problemas cognitivos. Perante a importância da observação provinda dos genitores faz-se necessário lembrar que os pais são os maiores conhecedores dos seus filhos, sendo eles, as pessoas mais importantes aos aspectos que originam tais preocupações, aspectos esses, direcionados a uma avaliação segura do dia a dia da criança ligados a uma proximidade da síndrome do autismo, no entanto quando os pais se deparam com esse problema, cabe a eles então procurarem um profissional conhecedor do assunto, assegurando ai um tratamento adequado a essa criança. Uma vez que esse profissional estará utilizando de perguntas usuais sobre o desenvolvimento da criança autista. (GAUDERER, 1997, p. 03).

Referências

ALVES, R. V. (1992). *Deficiente físico. Novas Dimensões da proteção do trabalhador*. São Paulo: LTR.

BARACK, J. (v. 60 - nº. 2-A Junho/2002). Debate And Argument: Clarifying developmental issues in the study of autism J. Child Psychiatry. *Arquivo de neuro-psiquiatria* .

BRASIL, M. d. (1997). *Educação Especial. Deficiência Mental*. Brasília: Secretaria de Educação Especial.

FOUCAULT, M. (2003 - 7ª edição). *História da loucura*. São Paulo: Perspectiva.

GAUDERER, E. C. (1997 - 2ª edição). *Autismo*. São Paulo: Revinter Ltda.

MARANHÃO, R. d. (2005). *O portador de deficiência e o Direito de trabalho*. São Paulo: LTR.

OLIVER, S. (1995). *Um Antropólogo em Marte: Sete histórias paradoxais*. São Paulo: Companhia das letras.

PEETERS, T. (Janeiro- abril - 2007). Autism: From Theoretical understanding to educational intervention. Whurr Publishers. *Revista Científica Brasileira de Informática na Educação V. 15, nº 01*, ISSN - 1414-5685.

PESSOTI, I. (1984). *Deficiência mental: da superstição à ciência*. São Paulo: Educ.

Bibliografia Consultada

BRASIL. (2008). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Verbo Jurídico.

BRASIL, M. d. (1997). *Educação Especial. Deficiência Mental*. Brasília: Secretaria de Educação Especial.

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: promulgado em 13 de julho de 1990. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NOTAS:

[1] Após um evento das Organizações de Pessoas com Deficiência, realizado no Recife/PE, em 2000, conclamaram o público a adotar termo “pessoas com deficiência” passa a ser o termo preferido por um número cada vez maior de adeptos, boa parte dos quais é constituída por pessoas

com deficiência que elas esclareceram que não são “portadoras de deficiência” e que não querem ser chamadas com tal nome.

[2] Estudioso do tema autismo no ano de 1906 suas anotações serviram para outros estudiosos do tema desenvolver e aprimorar os estudos, até mesmo porque Plouller não tinha ainda a definição de autismo e classificava como sendo uma perda do contato com a realidade. Na bibliografia estudada não há maiores detalhes sobre Plouller.

DIREITOS SOCIAIS: A INCONSTITUCIONALIDADE DO FATOR PREVIDENCI RIO GERANDO A PERCEP O DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA DEFASADOS POR PARTE DE SEGURADOS

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.

INTRODU O

O fator previdenci rio encontra-se previsto no art. 29 da Lei n. 8.213/91 e corresponde a um multiplicador que incide sobre nos benef cios de aposentadoria por idade e tempo de contribui o, cujo o escopo   o de reduzir o valor do s l rio benef cio, em fun o da idade, da expectativa de sobrevida e do tempo de contribui o do segurado.

DESENVOLVIMENTO

Ocorre que esse dispositivo trata-se de dispositivo fragrantemente inconstitucional pelas seguintes raz es abaixo elencadas:

1 ) n o obedece ao princ pio da reciprocidade das contribui es, ou seja, a rela o entre o que o segurado pagou e o que ele realmente recebe;

2 ) ofende o princ pio da irredutibilidade das contribui es;

3 )   um mecanismo utilizado para reduzir a m dia dos s l rios de contribui es de natureza meramente arrecadadora e

4 ) ofende/descumpre as regras do art. 201,  1 , da Constitui o Federal, no que diz respeito a proibi o de se adotar crit rios

e requisitos diversos para a concessão de aposentadorias, além de não prever a idade como critério a ser levado em conta.

Em outras palavras, o fator previdenciário modificou o cálculo da RMI dos segurados, nas hipóteses elencadas nas alíneas “b” e “c”, do inciso I, do art. 18 da Lei 8.213/91.

Mediante este fator, pessoas que contribuíram pelo mesmo período e sobre o mesmo salário de contribuição, mas com idades diferentes, por ocasião do requerimento, obterão uma RMI diferente, ao passo que aquele que atinge uma idade maior receberá um RMI maior.

Em resumo, em linhas gerais, o INSS deseja que o cidadão pague cada vez mais o benefício e usufrua pouco, já que com a idade avançada, sua expectativa de vida reduz, logo, o uso do benefício revelar-se-á bem menor.

Consoante ao exposto, o fator previdenciário, ao interferir no valor da renda mensal inicial, levando-se em conta a idade e a sobrevivência do beneficiário, afronta indiretamente o princípio da reciprocidade das contribuições, na medida em que o valor recolhido não guarda qualquer relação com o valor do benefício.

E vai além, tendo em vista esse valor discrepante, o beneficiário continua trabalhando para compor sua renda familiar, tendo inclusive contribuído com mais 10 (dez) anos em prol da Previdência, demonstrando ainda mais a divergência entre os valores pagos ao INSS e os valores recebidos a título de benefício.

Com efeito, torna-se impossível para qualquer segurado, planejar sua vida futura, já que não importando qual o valor

recolhido, haverá sempre redução do valor recebido de acordo com sua idade na data do início do benefício.

Mais que isso, denota-se nítida afronta ao princípio da isonomia pois, pessoas que recolheram, valores idênticos, percebem benefícios diferenciados, dependendo da idade de cada um, o que não pode prosperar, jogando por terra o que nossa Carta Magna resguarda, “todos são iguais perante a Lei, [...]”.

Mas, a pior inconstitucionalidade do dispositivo é a violação do art. 201, §1º, da Constituição Federal, que assim estabelece, *in verbis*:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#).

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos

termos definidos em lei complementar.
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005).

Mais que isso, em seu §7º, com a redação conferida pela EC n. 20/98, o mesmo dispositivo deixou de prever a idade como requisito de elegibilidade e/ou cálculos dos benefícios dos trabalhadores urbanos, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, senão vejamos:

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998). (grifamos e sublinhamos).

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o

pescador artesanal. [Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998](#)).

Ou seja, a lei infra constitucional, não pode criar critérios diferenciados para segurados nas mesmas condições, a não ser as hipóteses ressalvadas no próprio dispositivo constitucional.

E, *in casu*, o fator previdenciário tem natureza nitidamente discriminatória, já que, ao ser efetuado o cálculo de aposentadoria por tempo de contribuição ou idade, aplica-se este fator levando-se em conta a idade do segurado e a sua expectativa de sobrevida.

Em outras palavras, quanto mais jovem for o segurado, menor será sua RMI, ainda que tenha contribuído por igual período e mediante os mesmos valores que um outro segurado mais velho do que ele.

A lei 9.876/99 institui um critério diferenciador entre os segurados nas mesmas condições. Com efeito, segurados nas mesmas condições (igual tempo de serviço, igual tempo de contribuição e idêntica base de cálculo de recolhimento) terão rendas mensais iniciais diferentes conforme a expectativa de vida e a idade de cada um.

Institui, por vias transversas, um requisito para efeito de cálculo da RMI, não previsto no próprio parágrafo mencionado e não inserido nas exceções estipuladas também por este parágrafo.

A Justiça Federal da Circunscrição de São Paulo, pela 1ª Vara Previdenciária da Capital de Goiânia, já apreciou essa questão em

estudo nos autos do processo 0009542-49.2010.403.6183, declarando a inconstitucionalidade do fator previdenciário.

Sobre a questão, é válido transcrever o seguinte trecho do *decisum*:

“[...] Em visa da incidência desta metodologia de cálculo, a parte autora insurge-se especialmente contra o fator previdenciário, buscando o seu afastamento do cálculo de sua renda mensal inicial.

A fórmula constante do fator previdenciário, extremamente complexa – complexidade absurda, considerando-se em especial a capacidade de sua compreensão pelo destinatário final, o segurado – passou, com o advento da Lei 9.878/99, como visto, a ser determinante para o cálculo do valor inicial das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição.

Registra-se, no entanto, que entendemos que o fator previdenciário é inconstitucional. Na lei são introduzidos elementos de cálculo que influem imediatamente no próprio direito ao benefício, concebendo-se por via oblíqua, limitações distintas das externadas nos

requisitos impostos constitucionalmente para a obtenção, em especial, da aposentadoria por tempo de contribuição. Diversamente do setor público, no setor privado rechaçou-se a adição de idade para a obtenção do benefício (art. 201, §7º da Constituição Federal de 1988). Do mesmo modo, não há qualquer previsão, para o benefício seja concedido, de elementos como a expectativa de vida. Portanto, a lei ordinária acrescentou, para fins de obtenção do valor do benefício, requisitos que, ainda que indiretamente, dificultam o acesso ao próprio direito ao benefício. Nem se diga que uma coisa é o requisito para obtenção do benefício – que continuaria a ser apenas o tempo de contribuição – e outra, totalmente diversa, é o cálculo do seu valor inicial. Ora, o raciocínio é falacioso: somente é possível se obter o benefício a partir da utilização dos elementos indispensáveis para o cálculo da renda mensal inicial. Assim, utilizando-se, para a obtenção desta, de elementos não permitidos – ou mais, desejados – pela

Constituição, obviamente que violado se encontra o próprio direito ao benefício em si.

Ressalta-se, também, que não há elementos suficientes para se ter como conclusivo que o fator previdenciário garanta o “equilíbrio financeiro e atuarial” do sistema. Trata-se, isso sim, de elementos que consubstancia intolerável “retrocesso social” afastado em vários momentos pela melhor doutrina (Canotilho e Flávia Piovesa, dentre outros).

Constata-se, finalmente, que os requisitos postos no cálculo do fator previdenciário não consideram especificidades regionais, equiparando, v.g., quanto a idade ou expectativa de vida, situações diversas. É inadmissível, por exemplo, considerar-se que estes elementos possam ser dimensionados da mesma forma se considerarmos um benefício postulado por um segurado em São Paulo e por outro no sertão do Nordeste. Logo, sem considerar estas peculiaridades, o fator previdenciário atinge frontalmente o princípio da igualdade

insculpido no art. 5º, “caput”, da Constituição Federal de 1989 [...].

Como facilmente se verifica, não há como prosperar a atitude corriqueira da autarquia demandada, já que a Lei em que se fulcrou a atuação estatal queda-se flagrante inconstitucionalidade.

Mesmo com a Inconstitucionalidade da aplicação do fator previdenciário, os cálculos da Renda Mensal Inicial de muitos segurados, apresentam erros facilmente constatados se analisarmos a Carta de Concessão da Previdência Social comparando-a com o cálculo correto valor da RMI, devendo ser judicialmente requerido, a modificação da RMI desses segurados, bem como o recebimento da diferença dos valores atrasados.

Assim, no cálculo das Rendas Mensais Iniciais – RMI desses segurados prejudicados, que por sua vez poderão ser extraídos da média aritmética calculada sobre os últimos salários de contribuição, o INSS deixa de observar a legislação pertinente à matéria e a orientação expressa da lei, o que resulta obviamente no cálculo errôneo do benefício resultando na percepção da Renda Mensal Inicial calculada por critério ilegal, acarretando-lhe danos irreparáveis, sobretudo se considerarmos as parcelas já prescritas.

Sendo assim, deve-se demonstrar judicialmente o considerável prejuízo na percepção dos proventos desse segurado, juntamente com a data de quando a defasagem ocorrera quando da Concessão Inicial do seu Benefício Previdenciário, e o fato do INSS não ter calculado o RMI corretamente, deixando de aplicar a correção

monetária devida nos seus salários de contribuição, pleiteando o fim dos prejuízos advindos do ERRO MATERIAL praticado pelo INSS, quando da elaboração dos cálculos dos salários de contribuição, calculados erroneamente e incorretamente atualizados, colacionando ao pleito calculo demonstrativo.

Com efeito, a matéria que trata da concessão do benefício previdenciário, do seu reajustamento, de sua manutenção e demais princípios norteadores da questão em tela, estão previstas na Constituição Federal de 1988 Declaração dos Direitos Humanos e demais normas vigentes:

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:

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá,

nos termos da lei, a: [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998](#)).

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005](#)).

§ 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei. [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998](#)

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998](#)).

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei,

obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

As formulações em torno do mínimo existencial expressam que este apresenta uma vertente garantística e uma vertente prestacional. A feição garantística impede agressão do direito, isto é, requer cedência de outros direitos ou de deveres (como o pagamento por longos anos a previdência social) perante a garantia de meios que satisfaçam as condições de vivência digna da pessoa ou da sua família.

Neste aspecto o mínimo existencial vincula o Estado e o particular. A feição prestacional tem caráter de direito social, exigível frente ao Estado, face a sua contributividade. Neste caso, não se pode deixar de equacionar se esse mínimo é suficiente para cumprir os desideratos do Estado Democrático de Direito, porém, a dúvida acaba quando é levado em consideração que o acionante contribui com o teto de seus rendimentos a instituição demandada, para receber o benefício digno, proporcional aos seus pagamentos.

Desta forma, não pode haver juízos de comparação entre a situação dos beneficiários, controlando a legalidade e razoabilidade do fator de diferenciação utilizado pelo Estado ao prover, garantir ou promover seletivamente os interesses tutelados pelo direito, pois a garantia Constitucional existe para nivelar os iguais.

Assim, a demandada não poderá adotar requisitos e critérios para a concessão do benefício, levando em consideração fatores alheios a questão social, e se sobrepondo ao princípio da Isonomia, se demonstrado o autor tenha recolhido durante tantos anos de sua vida, continuando a contribuir fielmente ao INSS e este adota valores mínimos

com base não sabemos onde para que uma família tente viver dignamente.

Enfim, esta questão suscita inúmeras controvérsias como, por exemplo, a conceituação, a identificação de quais prestações são indispensáveis para a manutenção de uma vida digna, a função do Estado na promoção e proteção do mínimo existencial, dentre outras.

Porém, a posição relativista aceitando a existência de mínimos absolutos, de acordo com os quais a defesa das liberdades e demais direitos deveriam adquirir prioridade total, deixam de entrar em conflito entre si. Se a desigualdade é um conceito relativo, assim devem ser interpretados os distintos índices que procuram lhe medir.

Por isso a Constituição Federal defende que não deva existir tratamentos desiguais de direitos frente a outros, e em relação inclusive com outros objetivos como o crescimento e a eficiência, só pode se sustentar em sociedades onde as cotas mínimas de satisfação de direitos estejam garantidas.

Nesse aspecto, podemos dizer que o conceito de dignidade humana abriga um conjunto de valores que não está restrito, unicamente, à defesa dos direitos individuais do homem, mas abarca em seu bojo toda uma gama de direitos, de liberdades e de garantias, de interesses que dizem respeito à vida humana, sejam esses direitos pessoais, sociais, políticos, culturais, ou econômicos.

Daí afirmarmos que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está na base de todos os direitos constitucionais consagrados.

Sejam direitos e liberdades tradicionais (art. 5º); e direitos às prestações sociais (art. 203).

Direito adquirido é aquele já conquistado, ficando o titular dele protegido de futuras mudanças legislativas, este é o caso do autor, conforme LICC - Lei 4.657 - artigo 6º.

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Art. 5º, XXXVI, da CF).

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Arts. 131 e 135 do CC/2002.)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Art. 467 do CPC.)

O direito a um benefício justo e igualitário, conforme sua contribuição e percepção da renda, são direitos que já fazem parte da vida do segurado e que já não podem ser subtraídos dele, por outro direito ou modificados.

O entendimento majoritário do Colendo Superior Tribunal Federal, dado pela Súmula 359 / STF. (Súmula 359 – STF - Ressalvada a revisão prevista em lei, dos proventos da inatividade regulando-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, tenha reunido os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária.

Quando a instituição representada pelo INSS adota critérios dispares, viola o princípio Constitucional da Irredutibilidade do valor do benefício, em relação a atualização dos salários de contribuição, integrantes do período básico de calculo, em relação ao aplicado as rendas mensais dos benefícios já concedidos.

CONCLUSÃO:

Na medida em que a Constituição Federal garante a preservação contra o processo inflacionário tanto dos salários de contribuição, quanto da renda mensal dos benefícios previdenciários (art. 201, §§ 3º e 4º), os indexadores utilizados para tanto não podem ser dispares, de maneira que o recolhido a época da contribuição a Previdência seja substancialmente divergente do valor percebido pelo segurado.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III – [...];

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI – [...];

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#).

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios

definidos em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998). (grifamos e sublinhamos).

A Preservação do Valor Real dos Benefícios é princípio constitucional consagrado no § 4º do artigo 201, da Constituição Federal. Tal princípio traduz-se na recomposição do valor da prestação previdenciária em virtude do recrudescimento da inflação.

Não se trata da majoração do valor real, sendo sua simples preservação através de mecanismos de reajuste que reflitam o acréscimo inflacionário. É mera reposição de perdas. É segurança da conservação do poder aquisitivo. É a verdadeira expressão de seguro social. É, ainda, princípio e objetivo que rege a Previdência Social, nos termos do art. 2º, inciso V da Lei n.º 8.213/91.

APLICABILIDADE DA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO. ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RESP 1418593 - MS.

IVAN FERREIRA GOMES NETO:
Advogado no Contencioso Cível de Martorelli Advogados. Especialista em direito contratual pela Universidade Federal de Pernambuco.

No atual cenário jurídico do país, às vésperas da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que sedimentará a incorporação da Teoria dos Precedentes Judiciais à prática forense, importante uma análise do instituto sob a ótica do direito brasileiro ainda em vigor, com vistas à ponderação de seus efeitos positivos e negativos. Não se pretende esgotar o tema em apenas um artigo, e, para facilitar o entendimento, faremos uma análise prática do precedente previsto no Recurso Especial (Resp/STJ) - 1418593 – MS, julgado pela sistemática de Recursos Repetitivos prevista no artigo 543 C[1], do Código de Processo Civil de 1973.

Nesse contexto, verificaremos a aplicabilidade, no ordenamento pátrio, da Teoria dos Precedentes, instituto oriundo da *common law*, que tem por escopo a construção de precedentes que, solidificados, serão paradigmas para balizar o julgamento, aplicados ao caso concreto, quando as situações forem semelhantes. Assim, os precedentes serão formatados pelos Tribunais, vinculando os demais órgãos, obstando recursos, ou persuadindo em um sentido pré-estabelecido, com vistas, principalmente, à segurança jurídica e a previsibilidade do resultado perseguido, realidade distante em nossa prática atual.

Nesse contexto, importante elucidar que a Teoria do Precedente já tem alcance em nosso sistema atual, a exemplo da possibilidade de

elaboração de súmulas vinculantes, do incidente de uniformização de jurisprudência, sistemática dos recursos repetitivos etc.

Ultrapassado esse ponto, para situar o debate, com base no acima explicitado, verificamos que o objetivo principal da Teoria do Precedente é a uniformização das decisões, que seriam balizadas pelos Tribunais Superiores, com vistas à celeridade do processo e a segurança jurídica. Em contrapartida, relevante destacar que é essencial a manutenção do livre convencimento do julgador de piso, e até da sensibilidade na análise do caso concreto, seja com base nos princípios que devem nortear as relações (boa fé, dever de colaboração), ou por elementos que diferenciem o caso do paradigma (*distinguishing*), de modo que o precedente não seja aplicado sem qualquer ponderação, pois em determinados casos haverá verdadeira injustiça, vejamos.

O Recurso Especial (Resp/STJ) 1418593 – MS trata da necessidade de quitação das parcelas vencidas e vincendas (integralidade do débito) quando do aperfeiçoamento da liminar em processo de busca e apreensão:

“ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA NO PRAZO DE 5 DIAS APÓS A EXECUÇÃO DA LIMINAR. 1. Para fins do art. 543-

C do Código de Processo Civil: "Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária". 2. Recurso especial provido."

(STJ, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 14/05/2014, S2 - SEGUNDA SEÇÃO).

Importante registrar que o precedente é aplicável aos Contratos de Arredamento Mercantil, após o advento da Lei 10.931/04, que modificou a redação do artigo 3º, §2º do Decreto-Lei 911/69.

Nesse contexto, a frieza do julgado leva ao entendimento de que, aperfeiçoada a busca e apreensão, obrigatória a quitação integral do valor em aberto do contrato, sob pena de "perda do bem". Ora, o que se levanta é a necessidade de análise do precedente e sua aplicabilidade ao caso concreto com base nos princípios atinentes à espécie (função social, equivalência das prestações, adimplemento substancial), nas provas constituídas, e até na sensibilidade do julgador, que deve ponderar os efeitos reflexos daquela decisão para terceiros, inclusive.

Em determinados casos os bens a serem recuperados são de empresas que exercem importante função social, como um conjunto de veículos de uma transportadora, rede de supermercados, ou caminhões

envolvidos na atividade produtiva de uma indústria. Para elucidar o debate, imaginemos que os bens em alvitre sejam caminhões de uma indústria agrícola, massacrada pela política econômica governamental, e que tenha quitado 80% do contrato, caracterizando até o adimplemento substancial.

Pensemos que essa indústria, no período de entressafra de sua atividade, atrase algumas parcelas finais, pois se encontra sem capital de giro e crédito, ante a crise econômica que assola o país.

Ora, na velocidade que se concede liminar em casos dessa natureza, a indústria pode ficar sem bens essenciais à manutenção de sua atividade, podendo obstar sua produtividade, e até ir à falência, acarretando as consequências mais nefastas decorrentes, como o não recolhimento de impostos, a extinção de diversos postos de trabalhos etc, indo de encontro à função social do contrato, da manutenção da atividade, e do contexto socioeconômico do país.

Citando Eros Grau[2], observa-se que há relevante “*distinção entre normas jurídicas e a norma de decisão*”. Sendo assim, deve o aplicador do Direito fazer a distinção entre a solução aparentemente adequada ao caso concreto que julgará, mediante a elaboração de uma norma de decisão, e o espectro fático alcançado pela norma jurídica, resultante da norma de interpretação, pois os detalhes existentes no caso em exame podem afastar a fria aplicação do precedente, para resguardar a justiça.

Assim surge a importância da aplicabilidade do *distinguishing*, bem definido pelo renomado processualista Fredie Didier[3]:

“Fala-se em distinguishing (ou distinguish) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há

coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à ratio decidendi (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.”

Assim, demonstra-se fundamental a aplicação do instituto do *distinguishing*, dentre outros, visto que a norma jurídica, caracterizada no julgado emitido pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo que amplamente válida, não se aplicaria ao caso concreto, quando as nuances permitirem sua moderação, ante a essencialidade dos bens, os efeitos negativos reflexos da decisão, um eventual adimplemento substancial, dentre tantos outros fatores que merecem ponderação em um julgamento.

Do exposto, percebe-se que a contribuição da Teoria do Precedente é essencial para o avanço e modernização do ordenamento jurídico pátrio, trazendo diversos benefícios (maior segurança jurídica, possibilidade de maior celeridade dos processos), contudo, deve ser implantado e aplicado com muita parcimônia, dando a devida relevância os instrumentos de superação ou não aplicação do precedente, sendo o *distinguishing* apenas um deles, sob pena de proliferação de decisões injustas e inadequadas à realidade jurídica e social.

NOTAS:

[1] Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). (...)

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

(destaques apostos)

[2]GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 28.

[3]DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, Salvador: Juspodivm, p. 43.

BREVES COMENTÁRIOS AO INVENTÁRIO FLORESTAL NACIONAL

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: Inicialmente, cuida salientar que o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Quadra assinalar que a segunda parte do inciso I do §1º do artigo 225 da Constituição de 1988 traz à baila o manejo dos recursos naturais. Cuida reconhecer que o substantivo *manejo*, acompanhado do adjetivo *ecológico*, permitem o reconhecimento do caráter técnico-científico no trato dos recursos naturais.

Palavras-chaves: Meio Ambiente Natural. Inventário Florestal Nacional. Formações Naturais.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 Breves Comentários ao Inventário Florestal Nacional

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

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 espreque 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*”¹. 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,

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 24 jul. 2015.

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

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>. Acesso em 24 jul. 2015.

rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, “*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 é, 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*”⁴. 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, primordialmente 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

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 24 jul. 2015.

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 humanidade⁵. 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°. 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

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 24 jul. 2015.

fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível⁷.

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.

7 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 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 Nº 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>. Acesso em 24 jul. 2015.

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

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, 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 viventes. 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, Fiorillo¹¹, 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

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 24 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.

Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 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 gemação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal¹².

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, aprouve ao 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*

12 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 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 N° 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>. Acesso em 24 jul. 2015.

*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 1988¹⁴ 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

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 24 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*”.

concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade¹⁵.

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.

15 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 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 Nº 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>. Acesso em 24 jul. 2015.

Desta feita, decorrente do fato supramencionado, 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 de exposição, quadra apontar que o direito à integridade 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.

Salta aos olhos que, 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 hígidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, insta mencionar, ainda, que 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 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “*recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora*”¹⁶. Nesta esteira, o termo *fatores abióticos* abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo¹⁷. Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural “*é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora*”¹⁸. Nesta senda, com

16 BRASIL. **Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 jul. 2015

17 FIORILLO, 2012, p. 78.

18 REBELLO FILHO, Wanderley; BERNARDO, Christianne. **Guia prático de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1998, p. 19.

o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposado, faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível à compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daqueles no tema em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observa no petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis agasalham aqueles que são “infindáveis”, como a luz solar e o vento. Salta aos olhos, a partir das ponderações estruturadas, que os recursos naturais, independente da seara em que se encontrem agrupados, apresentam como elemento comum de caracterização o fato de serem criados originariamente pela natureza. Nesta linha, ainda, de dicção, cuida assinalar que o meio ambiente natural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, *caput* e §1º, incisos I, III e IV.

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.

§1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas [omissis]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade¹⁹.

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540, *“não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso”*²⁰. Verifica-se, assim, que o espaço territorial

19 BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 jul. 2015.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540. 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 - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) -

Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória Nº 2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais

especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de exposição, as denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

Diante do exposto, o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Verifica-se, portanto, que o escopo repousa em assegurar que, por meio da fiscalização, o indivíduo tenha acesso às formações naturais como elemento inerente à dignidade da pessoa humana.

4 Breves Comentários ao Inventário Florestal Nacional

especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 24 jul. 2015.

Inicialmente, cuida anotar que um inventário florestal que abrange todo um país, periodicamente, utilizando técnicas de amostragem, de modo a possibilitar o monitoramento contínuo dos seus recursos florestais, tendo como principal propósito fornecer informações para subsidiar a definição de políticas florestais, a gestão dos recursos florestais e a elaboração de planos de uso e conservação dos recursos florestais. Inventários florestais nacionais têm sido conduzidos por diversos países. Alguns deles iniciaram os seus inventários no início do século passado, como é o caso dos Estados Unidos, Finlândia e Suécia, dentre outros. Para saber mais sobre inventários florestais nacionais em outros países visite a nossa página de links para Inventários Florestais Nacionais.



Figura 01. Inventário Florestal Nacional. Disponível em: <<http://ifn.florestal.gov.br/>>. Acesso em 24 jul. 2015.

No início, os IFN visavam principalmente o monitoramento de estoques de madeira, mas a partir da Rio 92 e do desenvolvimento de novas

tecnologias, os inventários florestais nacionais tem ampliado o seu escopo, valorizando a produção de informação sobre outros temas. Dentre os temas de interesse em monitoramento dos inventários florestais nacionais atualmente estão os estoques de biomassa e carbono, a biodiversidade, a saúde e a vitalidade das florestas, o manejo florestal e a importância social que as florestas desempenham nos dias de hoje. “*O principal objetivo do Inventário Florestal Nacional é produzir informações sobre os recursos florestais do Brasil, tanto os naturais como os plantados, a cada cinco anos, servindo de subsídio à formulação de políticas públicas de desenvolvimento, uso e conservação*”²¹. Além disso, o IFN produzirá informações que poderão subsidiar a elaboração de relatórios para acordos e convenções internacionais, dos quais o Brasil é signatário, tais como a Convenção da Biodiversidade, a Convenção das Nações Unidas para as Mudanças Climáticas, o Fórum Mundial das Nações Unidas sobre as Florestas, o Acordo Internacional de Madeiras Tropicais (OIMT) e a Avaliação Global dos Recursos Florestais (FRA) da FAO.

Ao lado das ponderações estruturadas até o momento, é imperioso assinalar, oportunamente, que a elaboração e implementação do Inventário Florestal Nacional se justifica, principalmente, pelas seguintes razões: (i) importância Nacional e Global dos recursos florestais: a partir da Rio 92 as florestas assumiram papel de grande importância, valorizando-se suas funções ambientais e sociais; (ii) o Brasil não dispõe de informações adequadas sobre seus recursos florestais: não havia ainda no país um levantamento sistematizado de informações sobre os recursos florestais brasileiro; (iii) informações adequadas são fundamentais para estabelecer políticas públicas, de conservação e uso dos recursos: um país de grande

21 BRASIL. **Inventário Florestal Nacional**. Disponível em: <<http://ifn.florestal.gov.br>>. Acesso em 24 jul. 2015.

extensão territorial e diversidade de ecossistemas florestais necessita formular políticas com base em informações regionalizadas e atuais; (iv) relatórios internacionais sobre as florestas: o país precisa fornecer informações sobre os seus recursos florestais, também para atender a demandas da agenda internacional sobre o tema florestas; (v) iniciativas estaduais isoladas e independentes: o desenvolvimento de uma metodologia nacional incentivará que os estados participem e componham um inventário único, em nível nacional; (vi) descentralização da gestão florestal: o Inventário Florestal Nacional poderá suprir demandas das unidades da federação sobre informações, subsidiando também a gestão em nível estadual.

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 24 jul. 2015.

_____. **Inventário Florestal Nacional**. Disponível em: <<http://ifn.florestal.gov.br>>. Acesso em 24 jul. 2015.

_____. **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 24 jul. 2015.

_____. **Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 jul. 2015.

_____. **Ministério do Meio Ambiente.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/caatinga>>. Acesso em 24 jul. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 24 jul. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 24 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, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 24 jul. 2015.

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

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 24 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>. Acesso em 24 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 24 jul. 2015.

MARIA FERNANDA PACI

FUNÇÕES DA PENA E SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.



Andradina (SP)

2008.

MARIA FERNANDA PACI

FUNÇÕES DA PENA E SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.

Monografia apresentada ao Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Grandes Transformações, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Processual Grandes Transformações.

**Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL.
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG.**

Andradina (SP)

2008.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Grandes Transformações, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Andradina, 12 de maio de 2008.

MARIA FERNANDA PACI.

MARIA FERNANDA PACI
FUNÇÕES DA PENA E SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual: grandes transformações, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Grandes Transformações da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG e com o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Andradina, 12 de maio de 2008.

DEDICATÓRIA.

Em especial aos meus pais, João e Antonia, por serem meu alicerce e a minha vida. Pelos princípios morais e éticos que transmitiram a mim a qual engajam minha vida e fundamentam a noção de solidariedade e amor ao próximo.

Ao meu grande e único amor, Murilo, uma surpresa inesperada e maravilhosa do destino. Meu eu mais profundo e verdadeiro

Por fim, mas nem menos importante, minha irmã Tininha, minha maior amiga e companheira, não só a minha metade, mas também a alma bondosa que me ajuda e aconselha em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS.

A Deus, meu guia e minha fonte de amor e respeito aos meus pares.

A todos que de uma forma ou outra me ajudaram na conclusão deste trabalho.

RESUMO.

O trabalho ora elaborado trata-se de um sucinto levantamento acerca da problemática da Função da pena no Brasil e do caótico Sistema prisional brasileiro. 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 o trabalho monográfico 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. Consequentemente 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. Posteriormente o trabalho pretende demonstrar em linhas gerais a sistemática carcerária e a sua improbidade e ineficiência perante a sociedade. Isto fica claramente demonstrado na total falta de infra-estrutura e condições de sobrevivência dos apenados. Por fim o trabalho propõe algumas soluções que estão dando certo para solucionar a conturbada questão carcerária. Além disso, procura alargar tal responsabilidade não só ao Estado, mas também aos cidadãos de um modo geral.

Palavras-chave: Pena; Ressocialização; Princípios Constitucionais; Dignidade; Sociedade.

ABSTRACT.

The work for now elaborated is treated of a brief rising concerning the problem of the Function of the feather in Brazil and of the chaotic System Brazilian prisoner. Leaving of the philosophy that the feather possesses a character ressocializador essentially verified that his/her application now is an as much as distorted and ineffective before the modern society and before a new cycle of the juridical ordainment that he/she begins. The feather is not able to and nor he/she should become a middle of social revenge to the detriment of the convicts. Being like this the work monographic tries to draw new lines to they be following for the legislators and for the operators of the right in order to they apply the feather with the only ressocializar intention the opened and to rehabilitate him/her live together with their pairs again. Consequently it is also noticed the importance of obeying the beginnings informants of the feather, that is, the need to obey the Federal Constitution and each citizen's Human Rights, even if this is reclusive and convict. Later the work intends to demonstrate in general lines the systematic prison and his/her improbidade and inefficiency before the society. This is clearly demonstrated in the total infrastructure lack and conditions of survival of the appends. Finally the work proposes some solutions that are giving right to solve her/it disturbed prison subject. Besides, it tries to enlarge such responsibility not only to the State, but also to the citizens in a general way.

Word-key: Feather; Ressocialização; Constitutional beginnings; Dignity; Society.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PENAS E SUAS FUNÇÕES	12
2.1 Introdução	12
2.2 Origem das Penas	12
2.3 Princípios Constitucionais Informadores da Pena	13
2.3.1 Princípio da humanidade das penas	14
2.3.2 Princípio da individualização das penas	14
2.3.3 Princípio da coisa julgada	15
2.3.4 Princípio da personalidade da pena	16
2.4 Conceito de Pena e Sistemas Prisionais	16
2.4.1 Conceito	16
2.4.2 Sistemas prisionais	17
2.5 Classificação das Penas	18
2.5.1 Penas privativas de liberdade	18
2.5.2 Penas restritivas de direito	19
2.5.2.1 Classificação das penas restritivas de direito	20
2.5.3 Pena de multa	23
2.6 Função da Pena	24
2.6.1 Teoria absoluta	25
2.6.2 Teorias relativas	26
3 FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL	29
3.1 Introdução	29
3.2 Fatores que Contribuíram para a Decadência Prisional	30
3.2.1 Fatores indiretos	30
3.2.2 Fatores diretos	33
3.3 A Realidade dos Presídios Brasileiros	36
3.3.1 Considerações preliminares	36
3.3.2 A superlotação e a infra-estrutura prisional	37
3.3.3 As condições de vida dos detentos	38
3.4 Viabilidade Econômica e Social do Sistema Carcerário	42
4 O QUE ESTÁ SENDO FEITO PARA MUDAR A HISTÓRIA	44
5 CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO.

Este 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 e o Sistema prisional.

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.

Na ceara do sistema prisional procurou-se averiguar as condições dos presídios e a atual realidade da vida do detento, bem como os meios utilizados para a mudança da história.

Por conseguinte, 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 Capítulo 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 por fim, o Capítulo I, destaca a classificação das penas e a sua função perante a sociedade. 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.

Já no Capítulo II, estará delineado de forma concisa e clara a verdadeira situação em que se encontra a sistemática prisional brasileira. Estará exposta de forma clara e verdadeira a situação degradante e subumana em que vivem os detentos brasileiros. Desse modo, tal capítulo ficou dividido em vários tópicos, dentre eles, os fatores que contribuíram para a derrocada prisional, fatores estes diretos e indiretos, e principalmente a descrição da realidade prisional, destaque para este subcapítulo, pois demonstra claramente a situação

caótica em que nossos detentos são submetidos, sem dizer na total falta de infra-estrutura carcerária existente em nosso país. Ao final é discorrido sobre a viabilidade econômica e social do sistema carcerário para a sociedade e para os próprios apenados.

Por fim o Capítulo III, explana as atitudes que estão sendo tomadas para mudar a história e a sistemática prisional. Esse capítulo demonstra de forma concisa a iniciativa e a preocupação não só do Estado em mudar a forma como lidamos com os apenados, mas também de empresas e dos próprios cidadãos.

Delineiam objetivamente as iniciativas produtivas de algumas instituições e pessoas em mudarem de forma concreta e satisfatória a caótica prisão, bem como os projetos que estão sendo desenvolvidos a fim de diminuir a superlotação e reabilitar de modo eficaz os presidiários.

Conclui-se, assim que tal trabalho foi desenvolvido em três capítulos interligados um ao outro, a fim de problematizar e oferecer algumas soluções para a verdadeira função que a pena deve conter e a 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 Referências bibliográficas nas quais constam todos os materiais utilizados e pesquisados para a elaboração deste estudo.

2 PENAS E SUAS FUNÇÕES.

2.1 Introdução.

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. 5 do citado diploma.

2.2 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 idéias 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.

2.3 Princípios Constitucionais Informadores da Pena.

Conforme se vislumbra no esplanado 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 exposto 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.

2.3.1 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.

2.3.2 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.

2.3.3 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.

2.3.4 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 executadas, 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.

2.4 Conceito de Pena e Sistemas Prisionais.

2.4.1 Conceito.

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.”¹ (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”.² (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 delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.³

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.

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”.⁴ (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”.⁵ (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.

⁴ GRECO, op. cit., p. 494.

⁵ Ibidem, p. 492.

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 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);
- Havendo concurso material, aplicam-se cumulativamente as penas de reclusão e de detenção, executando-se primeira aquela (arts. 69, *caput*, e 76 do CP);
- Em relação à medida de segurança, se o fato praticado pelo inimputável for punível com detenção, o juiz poderá submetê-lo a tratamento ambulatorial;
- 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).
- A autoridade policial, por sua vez, poderá concede fiança nas hipóteses das infrações punida com detenção (art. 322 do CPP).
- 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”.⁶

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”.⁷

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.⁸

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.

⁶ JESUS, Damásio E. **Penas Alternativas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.28.

⁷ CAPEZ, op.cit., p.344.

⁸ Ibidem, p. 345.

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 a 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”.⁹ (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;

⁹ GRECO, op. cit., p. 540.

- suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;
- proibição de freqüentar 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 freqüentar 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 idéia 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”.¹⁰ (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.

¹⁰ Ibidem, p. 489.

2.6.2 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:

- Negativa
- Positiva.

Prevenção especial:

- Negativa
- 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 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”.¹¹ (HASSEMER, apud GRECO, 2008, p. 492).

¹¹ Ibidem, 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 delinqüentes, mas também toda a comunidade, gerando conseqüentemente a instrumentalização do homem e falta da comprovação da eficácia.

- **Prevenção especial negativa** procura neutralizar o delinqüente, 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 delinqüente 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 deixa-lo em condições necessárias para viver no meio da sociedade.

3 FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL.

3.1 Introdução.

Discorrer sobre o sistema prisional e conseqüentemente os fatores que contribuíram para a sua inviabilidade não é uma das tarefas mais simples, porém se faz precípua antes mesmo de enfatizar tais fatores, analisarmos a opinião de alguns doutrinadores e operadores do direito sobre tal tema.

Desse modo, o culto Sepúlveda Pertence, assevera que: “a pena de prisão faliu filosófica e administrativamente”.¹²

Para Bitencourt “a pena privativa de liberdade como sanção principal e de aplicação genérica está falida”.¹³ (BITENCOURT, apud DAMÁSIO, 2000, p. 12).

Porquanto, vê-se na verdade que a pena de prisão no Brasil possui uma excelente base teórica, entretanto, a mesma ao ser aplicada a realidade social torna-se uma “arma maléfica” contra os detentos e a própria sociedade, não contribuindo em nada com a paz social e a devida ressocialização do detento.

Conseqüentemente somados a outros fatores da atual conjuntura social, bem como com a explosão demográfica, a crise de emprego, a falta de condições sociais, nota-se um crescimento da violência e a ineficiência do sistema carcerário, colocando em xeque o direito penal e inevitavelmente a filosofia carcerária.

Contudo, a derrocada carcerária é um processo que se arrasta por décadas, paulatinamente as questões sociais, políticas e legais contribuíam de forma lenta para a derrocada prisional.

Portanto o problema da criminalidade não é uma questão insolúvel basta usar os meios e medidas certas em doses equitativamente proporcionais e corretas.

12 PERTENCE, Sepúlveda. In: Lima, Flávio Augusto Fontes. Palestras proferidas no I seminário mato-grossense das penas e medidas alternativas. Cuiabá, 2003, p. 16.

13BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão. In: JESUS, Damásio E. de. **Penas alternativas**, São Paulo, 2ª ed. Saraiva, 2000, p. 12.

3.2 Fatores que Contribuíram Para a Decadência Prisional.

Violência, desrespeito aos direitos humanos, processos que se arrastam por décadas, rebeliões recorrentes e facções. Se o quadro do sistema penal brasileiro e consequentemente da questão carcerária é cada vez mais gravoso e teoricamente sem solução a curto prazo, a saída é atingir o problema diretamente em sua raiz: a forma como o Estado lida com o sistema prisional e a atitude tomada frente o mesmo.

Por assim ser, há de se fazer um breve comentário sobre todos os fatores que geraram a falência carcerária de forma racional e enfática, pois admitirmos que se deu somente pela má infra-estrutura carcerária é analisarmos o tema de modo irreal e “maquiado” da realidade, a qual se eximiria outros órgãos da sua parcela de responsabilidade.

Por sua vez, os fatores que contribuíram para o insucesso do sistema carcerário estarão divididos em dois tópicos, o primeiro denominado como indiretos e o segundo como diretos.

Têm-se:

Fatores Indiretos:

- Problemas sociais;
- Problemas culturais;
- Emprego.

Fatores Diretos:

- A forma como o Estado lida com a questão carcerária;
- A corrupção;
- A demora na resolução dos processos.

3.2.1 Fatores indiretos.

A) Problemas sociais.

A celeuma carcerária possui sua raiz fincada em um dos entraves que assola o Estado – os problemas sociais – a qual afeta os vários níveis da estrutura política e social, prejudicando a população como um todo e, trazendo à baila as falhas de caráter cultural, de emprego dentre outros.

Assim sendo, nota-se a falta da estrutura social e conseqüentemente o aumento exacerbado da criminalidade. Não há como se falar em diminuição da violência se não houver um investimento correto na educação, saúde e princípios morais básicos regedores de uma sociedade civilizada.

De nada adianta tentar resolver as questões políticas e sociais de forma camuflada e paliativa, é necessário que a população mais carente tenha acesso a um mínimo de dignidade econômica, social e cultural.

Afinal, quando um cidadão se vê privado das condições mínimas para a sua sobrevivência, é natural que este tente resolver os seus problemas da maneira mais fácil.

Enquanto não houver um projeto sério com investimentos maciços em educação e emprego, a população mais despercebida continuará a praticar delitos de grande ou pequeno porte e inevitavelmente a população mais instruída será mantida em “cárcere” pelos seus próprios pares.

Portanto a desigualdade não gera tão somente a falta de condições de sobrevivência, mas principalmente a falta de oportunidades sociais que são necessárias para o bom andamento da vida em coletividade.

Não há como se falar, assim, em menos presídios, menos reincidência enquanto a vida em sociedade se resumir em aumentar os cofres de alguns particulares e esmagar a grande maioria da população brasileira.

B) Problemas culturais.

O que se espera do Estado é a disponibilização de escolas a todos os cidadãos já que é uma garantia explícita na Constituição Federal, não importando se compõe à classe alta ou baixa da sociedade.

Entretanto, o que se vê, é o inverso. Grande parte da população não ingressa sequer no ensino primário, e quando ingressa não chega a concluir nem o ensino médio. Segundo um estudo desenvolvido pela Secretária de Justiça do Estado do Mato Grosso, os detentos do citado Estado dividem-se na proporção de 1458 com o primeiro grau incompleto; 40 com o primeiro grau completo; 79 com segundo grau incompleto; 23 com segundo grau completo; 04 com terceiro grau incompleto e 03 com terceiro grau completo.

Com tantas dificuldades ao acesso educacional e conseqüentemente à falta de condições na conclusão dos estudos, pela necessidade de se trabalhar cada vez mais cedo para

ajudar os pais no sustento familiar, as crianças estão cada dia mais deixando de construir seu futuro e aumentando a já escorchantes população carcerária brasileira.

E mais, a falta de educação acaba por desembocar na falta de conseguir emprego na vida adulta. Isto porque não há investimentos em cursos técnicos, profissionalizantes que qualificam o cidadão ao mercado de trabalho, gerando um déficit educacional e no mercado de trabalho.

A falta de investimentos na educação e profissionalização dos estudantes é um problema a ser revisto e discutido pelas autoridades públicas e sociedade no todo. Deve ocorrer um engajamento sério de todos os níveis sociais, a fim de disponibilizar uma educação a todos os cidadãos brasileiros, sejam estes de alta renda ou não.

C) Emprego.

O emprego é o alicerce para que pais de famílias possam sustentá-las. Com a relativa diminuição e até mesmo falta do mesmo, muitos não encontram outra solução a não ser entrar para a criminalidade.

Se o emprego dignifica o homem na falta dele o crime é uma das soluções mais corriqueiras.

Assim os detentos brasileiros é uma mescla de desempregados e analfabetos, visto que não possuíram condições adequadas para se desenvolverem intelectual e socialmente.

A falta de vagas de empregos no Brasil é latente e quando estas surgem no mercado não há profissionais capacitados para preenchê-las. Isto porque a população não está devidamente qualificada.

Segundo dados divulgados amplamente pela imprensa, a cada dia aumentam-se a fila de desempregados, isso sem falar naqueles que sobrevivem de forma irregular, não possuindo os direitos básicos de um empregado.

Não havendo uma política séria em geração de empregos torna-se difícil a melhora na vida econômica da população e, portanto na vida social. Deve-se ter sim, uma ajuda ampla aos menos profissionalizados a fim de retornarem ou conseguirem empregos mais dignos com salários condignos a sua sobrevivência.

A sociedade não pode esquecer que 95% do contingente carcerário, ou seja, a sua esmagadora maioria, é oriunda da classe dos excluídos sociais, pobres, desempregados e analfabetos, que, de certa forma, na maioria das vezes, foram “empurrados” ao crime por não terem tido melhores oportunidades sociais. E mais, segundo estudos realizados pelo Ilanud, o

perfil para o presidiário brasileiro é de alguém majoritariamente pobre, do sexo masculino, de até 35 anos, com baixa escolaridade e baixa capacidade de inserção no mercado de trabalho.

3.2.2 Fatores diretos.

a) A forma como o Estado lida com a questão carcerária.

O Estado, por meio do legislador, procura determinar as regras e condutas a serem seguidas pelos cidadãos, como forma de manter a ordem e o bom andamento da vida em sociedade. Assim o Estado procura exercer o seu “jus puniendi” de forma eficaz, determinando o cárcere aos infringidores da lei.

O triste é saber que o legislador pensou, projetou e promulgou tal idéia, e, no entanto nota-se uma total falta de estrutura carcerária fazendo com que o detento muitas vezes depois de cumprida a pena, retorne a prisão em um curto espaço de tempo.

Muitas vezes isso ocorre pelo modo que o Estado “olha” pelos seus detentos, quer-se dizer o Estado não pode tão somente publicar leis que determine a postura que o cidadão deve tomar frente aos seus pares, sendo que ele, o Estado esquece no papel princípios básicos de proteção ao indivíduo, bem como o seu papel de ressocializador.

Ora, o Estado não pode e nem deve ser omissor frente à sociedade e principalmente ao seu papel de protetor dos direitos de cada indivíduo. Não pode ser tão somente uma pessoa jurídica pública punitiva, deixando de praticar a filosofia de um Estado de bem estar social para um Estado meramente punitivo.

Quando o Estado assume tal posição, ele deixa de praticar o desenvolvimento de toda a nação, prejudicando a estrutura jurídica e social de sua população. Não há como punir pequenos delitos com a pena de prisão, o cárcere deveria ser a última das hipóteses aplicada ao condenado.

Assim a ressocialização deveria estar no topo de qualquer país que procura dignificar os seus detentos e diminuir a criminalidade.

Porem, ressocializar o preso não é viável a um Estado que procura soluções a curto prazo, a fim de ver suas pretensões políticas alcançadas. A sociedade é feroz a exigir uma solução ao crescimento desordenado da criminalidade e o Estado é omissor e negligente ao oferecer a prisão como o único meio de punição.

Por assim ser a prisão infelizmente torna-se a política de muitos legisladores que a cada dia desenvolvem leis mais severas e inadequadas para cada caso concreto.

Posteriormente os mais desfavorecidos são os mais prejudicados e encarcerados em uma sociedade injusta e vingativa.

Sendo assim, o Estado deve deixar de ser omissivo e enfrentar o problema de forma legal e racional, não transmitindo uma imagem de que somente sistemas repressivos e punitivos são capazes de resolver a questão carcerária.

Portanto, podemos traçar um paralelo entre a escalada dos índices de criminalidade (e o conseqüente agravamento da crise do sistema carcerário) e o modelo econômico neoliberal adotado por nosso governo. É inegável que, pelo fato de o crime tratar-se de um fato social, o aumento da criminalidade venha a refletir diretamente a situação do quadro social no qual se encontra o país.

O modelo econômico neoliberal constitui-se numa filosofia de abstenção do Estado nas relações econômicas e principalmente sociais. A essência deste pensamento, além da intervenção minimizada da economia, é a idéia de que as camadas menos favorecidas da população devem trabalhar e se adequarem ao sistema econômico vigente, ainda que este os trate com descaso, não importando se o sistema lhe dá oportunidades de inserção social ou não.

Dessa forma, o Direito Penal, assim como as prisões, estariam servindo de instrumento para conter aqueles não “adequados” às exigências do modelo econômico neoliberal excludente, que são os miseráveis que acabam não resistindo à pobreza e acabam sucumbindo às tentações do crime e tornando-se delinqüentes.

b) A corrupção.

A corrupção é um dos fatores determinantes para a derrocada do sistema prisional. Esta se encontra nos vários setores sociais, não sendo específico somente a um.

Porquanto, diariamente em algum noticiário divulga-se a fuga de detentos ou a morte de outros dentro das penitenciárias, é certo que muitas vezes os motivos pelos quais acontece tal situação não esta ligada diretamente com o auxílio de funcionários e dos policiais, entretanto muitos deles estão.

Mas como se vê muito dos funcionários, até mesmo pela péssima estrutura prisional, estão quase sempre a mercê dos presidiários, pois os presos administram os presídios impondo regras e julgando os que fazem parte da dita “sociedade”.

E mais, ocorre a ajuda dos funcionários e policiais na entrada de drogas, armas, telefones celulares, etc. Não que estes instrumentos adentrem os presídios somente por este

meio, porém quase sempre há a liberação dos funcionários e policiais em troca de favores e pagas.

Não bastando somente isto, muitos dos funcionários se corrompem devido a sua fragilidade perante os detentos (as ameaças constantes, a falta de subsídios suficientes para enfrentarem os detentos), e claro, a falta total da estrutura prisional e os irrisórios salários.

Outro fator decisivo é a relação preso/funcionário nas instituições prisionais são 3 presos por 1 funcionário, isto nas melhores das hipóteses. Segundo uma pesquisa da Human Rights Watch no Dpatri, nos estabelecimentos prisionais de São Paulo, eram 2 carcereiros por turno para monitorar 350 presos, preferindo em razão de tal situação os carcereiros não entrarem em contatos com os presos, a fim de não serem muitas vezes mortos.

Sem falar que muitas vezes os prisioneiros pagam os guardas para que estes lhes permitam burlar a lei e algumas regras, incluindo contrabandear armas e ir até áreas da prisão nas quais normalmente lhes seria impedido o acesso.

c) A demora na resolução dos processos.

A morosidade nas resoluções dos processos gera antes de mais nada a superlotação carcerária e a paralisação do Judiciário.

Atualmente no Brasil, a justiça se tornou longa e omissa em resolver os litígios sociais e promover o bem estar social. A falta de equipamentos necessários, a escassa mão-de-obra e a violação a princípios constitucionais inerentes a cada individuo, tornou o Judiciário moroso e muitas vezes falho.

Até mesmo nos Juizados Especiais que teoricamente deveriam solucionar os processos mais rapidamente encontram-se abarrotados de pilhas e pilhas de processos.

Consequentemente a falta de celeridade processual faz com que muitos presos que deveriam estar nas ruas continuem em casas de detenção ou até mesmo em distritos policiais. Hoje, cerca de 1/3 da população carcerária são de presos não condenados. Segundo as normas internacionais de Direitos Humanos, os acusados deveriam ser soltos enquanto o julgamento estivesse pendente. Assim a detenção antes do julgamento não deveria ser a regra, mas sim a exceção, o que inevitavelmente não ocorre.

Outra violação cometida é a demora em se conceder os benefícios àqueles que já fazem jus à progressão de regime ou de serem colocados em liberdade os presos que já saldaram o cômputo de sua pena.

3.3 A Realidade dos Presídios Brasileiros.

3.3.1 Considerações preliminares.

Inicialmente, é necessário falarmos de modo geral e amplo sobre as condições prisionais.

Um erro grave e recorrente acontece já na classificação dos detentos e designação do local do cumprimento da pena. Conforme se lê na Lei de Execuções Penais é necessária a classificação de cada detento conforme a sua categoria. Deve-se levar em conta as características específicas e que sirvam a tipos específicos de presos, sendo eles classificados e separados por sexo, antecedentes criminais, status legal (condenado ou aguardando julgamento), e outras características, reproduzindo o que determina normas internacionais bem como a Carta Magna de nosso país.

Na prática, entretanto, nota-se a inversão total dessas categorias e até mesmo a não observância do determinado na norma mãe de nosso ordenamento. Antes de tudo, há pouco empenho em separar os presos potencialmente perigosos de detentos mais vulneráveis. Os prisioneiros são misturados ao acaso e a atribuição das celas normalmente é concedida conforme o espaço ou pelos próprios detentos. Conforme dados, o sistema penitenciário brasileiro ocupa 885 estabelecimentos com um total de 125.851 vagas, sendo 120.612 homens e 5.239 mulheres.

- Cadeias públicas ou similares: 459
- Casas de albergado: 32
- Centros de observação: 05
- Colônias agrícolas e industriais: 16
- Hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico: 24
- Penitenciárias: 319
- Total de estabelecimentos: 855.

Porém vê-se ainda uma falta de vagas no sistema carcerário, pois é claro a falta de disposição de celas e até mesmo espaço físico nas mesmas, que são preenchidas com muito mais detento do que o permitido e suportado para aquele espaço físico.

O problema maior é que, nesses estabelecimentos as instalações são precárias, inseguras, e os agentes responsáveis pela sua administração não tem muito preparo para a função, e muitas vezes o que se tem visto é a facilitação por parte desses funcionários para a

fuga de detentos ou para que estes possam ser arrebatados por membros de sua organização criminosa.

3.3.2 A superlotação e a infra-estrutura prisional.

Não há como negar que um dos problemas mais latentes na sistemática carcerária é a questão da falta de infra-estrutura dos estabelecimentos prisionais e a superlotação.

Indubitavelmente, em todos os sentidos o sistema penitenciário brasileiro é enorme. O Brasil encarcera mais pessoas que qualquer outro país da América Latina e possui uma das maiores populações carcerárias do planeta. O nosso déficit carcerário está entre 100 mil vagas, sendo que o Brasil administra um dos dez maiores sistemas penais do mundo. Só o Estado de São Paulo encarcera mais de 67.786 detentos, ou seja, 39,83% dos presos.

Consequentemente com tais números exorbitantes a superlotação é quase que insolúvel, um problema crescente e sem solução a curto prazo. Isso se verifica na Penitenciária de Araraquara-SP encontram-se 1.500 presos onde cabem 160.

Já em 1995 as estatísticas apontavam um crescimento no déficit da capacidade instalada de 27% enquanto a capacidade dos presídios crescia vagarosamente cerca de 8% durante o mesmo período, superando, visivelmente a expansão da capacidade prisional. Imagine agora, transcorridos mais de 10 anos, como o déficit aumentou sobremaneira, tornando a situação mais caótica e inaceitável.

A Lei de Execuções Penais prevê que os detentos sejam mantidos em celas individuais, porém isso não acontece normalmente cada cela é utilizada por dez presos ou mais.

Infelizmente a superlotação reflete diretamente nas rebeliões e fugas de presos. Estes não possuindo um mínimo de condições de sobrevivência nas prisões procuram fugir.

Quanto às fugas sua ocorrência está associada não só com a superlotação, mas como também, à falta de segurança dos estabelecimentos prisionais aliada à atuação das organizações criminosas, e infelizmente pela corrupção praticada por parte de policiais e de agentes da administração prisional.

De acordo com números do último censo penitenciário, cerca de 40% dos presos, sejam eles provisórios ou já sentenciados definitivamente, estão sob a guarda da polícia civil, ou seja, cumprindo pena nos distritos policiais. Porém estes não são locais adequados para o

cumprimento da pena de reclusão. Mesmo assim isso ocorre em virtude da ausência ou da insuficiência de cadeias públicas e de presídios em nosso sistema.

Aglomerado a todos esses problemas, e não menos importante, encontra-se a precária infra-estrutura prisional.

Em relação à arquitetura prisional, já se comprovou que o tamanho e forma de um presídio pode ter um impacto significativo no seu funcionamento. Presídios mal arquitetados contribuem para construções escuras e sombrias, com pouca ventilação, na qual faltam colchões, roupas de cama, vestimentas e produtos de higiene pessoal. O sistema hidráulico e elétrico está totalmente danificado. Em muitas celas coberturas de plásticos improvisadas pelos próprios presos não conseguem conter as goteiras, os canos nas paredes cobertos de musgo fica expostos a longo de tetos e paredes.

Nas galerias, tem-se o odor forte de esgoto e os vasos sanitários não possuem descargas. E mais, nota-se a falta de janelas a qual impede a ventilação.

Portanto, a superlotação aliada à péssima infra-estrutura prisional torna a questão mais preocupante e problemática.

3.3.3 As condições de vida dos detentos.

Não tem como negar que as condições de vida, ou melhor, de sobrevivência, dos detentos nos presídios brasileiros são desumanos e degradantes.

A Constituição Federal em sua máxima preconiza que *ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante*, entretanto ocorre exatamente ao contrário.

Os apenados na maioria das vezes são condenados duas vezes: uma pela justiça e a outra pelo descaso da sociedade. Isto porque a situação que os mesmos enfrentam nos presídios é subumana. Pra se ter uma idéia os detentos são tratados como depósitos de lixo.

A partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado ele não perde apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigos que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda de sua dignidade.

Posteriormente detalharemos com mais precisão os abusos sofridos pelos detentos e a condições de vida dos mesmos dentro do estabelecimento prisional.

a) A tortura.

Conforme estudos de grupos brasileiros de direitos humanos a maioria dos estabelecimentos prisionais possui cela de tortura. A mais utilizada é a denominada é o pau de arara, no qual consiste em uma barra onde o detento é suspenso por trás dos joelhos, com as mãos amarradas aos tornozelos. Estando no pau de arara, o detento é despido e espancado, sofrendo também choques elétricos e afogamento.

Os abusos e as agressões cometidas por agentes penitenciários e por policiais ocorrem de forma acentuada principalmente após a ocorrência de rebeliões ou tentativas de fuga. Após serem dominados, os amotinados sofrem a chamada “correição”, que nada mais é do que o espancamento. Muitas vezes esse espancamento extrapola e termina em execução.

b) Violência entre os presos.

Nos presídios ocorrem muitas mortes, isso em decorrência do acerto de contas entre os próprios apenados. Muitas vezes confronto entre inimigos, cobranças de traficantes e domínio pelo tráfico de drogas e armas acabam por fazer muito mais vítimas do se sabe. Em algumas prisões, presos com domínio sobre dada “sociedade organizada” matam outros com impunidade, enquanto em prisões relativamente pequenas extorsão e outras formas mais brandas de violência são comuns.

Assim os próprios presos praticam atos violentos e a impunidade ocorre de forma ainda mais exacerbada. A pratica de homicídios, abusos sexuais, espancamentos e extorsões é uma prática comum por parte dos presos que já estão no comando do presídio, em razão disso, exercem um domínio sobre os demais presos, que acabam subordinados a essa hierarquia paralela.

c) Assistência médica.

A Lei de Execuções Penais em seu art. 41, determina vários direitos e garantias dos presos, dentre elas a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Mas, na pratica nenhum desses benefícios são oferecidos, com maior importância ao de assistência médica.

Sendo assim, a superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões um ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados à má alimentação dos presos, o sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia acometido de uma doença.

Os presos, por sua vez, adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns é a tuberculose e a pneumonia. Também se verifica um alto índice da hepatite e de doenças venéreas em geral, a AIDS com maior ocorrência. Conforme pesquisas realizadas nas prisões, conclui-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros sejam portadores do HIV, principalmente em decorrência do homossexualismo, da violência sexual praticada por parte dos outros presos e do uso de drogas injetáveis. Os maiores índices de contaminação do vírus do HIV encontra-se nas prisões da região Sudeste, com destaque a São Paulo, que atinge cerca de 30% da sua população carcerária.

Além das citadas doenças, verifica-se a ocorrência de um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, de câncer, hanseníase e com deficiências físicas (paralíticos e semi-paralíticos). Já, em relação a saúde dentária, o tratamento odontológico na prisão resume-se à extração de dentes. Não há tratamento médico-hospitalar dentro da maioria das prisões. Para serem removidos para os hospitais os presos dependem exclusivamente de escolta da Polícia Militar, a qual na maioria das vezes é insuficiente e demorada. Se o preso doente é levado para ser atendido, há ainda o risco de não haver mais uma vaga disponível para o seu atendimento, em razão da igual precariedade do sistema público de saúde.

Os problemas não acabam por aí, a falta de tratamento adequado aos presos não ameaça tão somente a vida dos mesmos, mas também a da população em geral, pois a transmissão das doenças se torna mais acessível por meio das visitas conjugais e o próprio livramento do detento.

d) Ausência de trabalho.

O trabalho dos detentos e treinamento profissional desempenha um papel significativo na estratégia de reabilitação da Lei de Execuções Penais.

Ao aprender um ofício ou profissão e adquirindo um hábito de trabalho, respeitando regras, horários e demais pessoas, um detento vê e muito suas chances aumentarem a fim de se reintegrar a sociedade.

Entretanto, somente uma minoria entre os presidiários brasileiros tem a oportunidade de trabalharem. As oportunidades de treinamento e trabalho são escassas, não possuindo os apenados muitas soluções para desenvolverem suas habilidades e aprenderem uma profissão.

Ainda, conforme determina a LEP, o detento tem direito ao trabalho e sendo uma garantia deve ser cumprida pelas autoridades carcerárias. O trabalho não só qualifica o preso, mas também acaba com o tédio e a indolência dentro dos presídios e reduz a pena a ser cumprida.

Deve-se ressaltar que o reduzido número de detentos empregados é resultado da escassez de oportunidades de trabalho, e não falta de interesse dos mesmos.

Quando há trabalho aos detentos, normalmente estes desenvolvem tarefas de limpeza, manutenção e reparos, mas há também companhias particulares que contratam os presos para produzirem itens como caixas, pastas e cadernos.

Mas ainda há muito que se fazer e produzir, afinal de contas as maiorias dos presídios não estão preparados para oferecer o trabalho aos seus detentos, enquanto estes continuam a verem seus direitos violados e não cumpridos.

e) A educação.

A maioria dos detentos que adentram nos presídios possui geralmente nível educacional baixo. Isso sugere que programas educacionais pode ser um caminho importante para preparar os apenados para um retorno bem sucedido a sociedade.

Reconhecendo tal possibilidade a Lei de Execuções Penais, garante aos condenados a oportunidade de estudo, essencialmente a educação primária, e também treinamento vocacional e profissional.

Porém tal prerrogativa não é cumprida, observa-se que quanto mais barulhenta e perigosa à prisão menos estímulo à educação a mesma oferece.

Embora, vários professores são contratados e trazidos à penitenciária para ensinarem, percebe-se que as maiorias das aulas são ministradas pelos próprios detentos que possuem um maior nível educacional ou aqueles que apresentam habilidades especiais.

Na maioria dos presídios as salas de aulas ficam vazias, isto quanto é disponibilizado um espaço para tal atividade.

3.4 Viabilidade Econômica e Social do Sistema Carcerário.

Problematizar a questão carcerária é discutir a sua viabilidade econômica e social a sociedade e os reflexos que isto gera na população.

Hoje, um preso brasileiro custa aos cofres da União mais ou menos 3 a 6 salários mínimos. O que se discute, porém, não é essencialmente o custo de cada preso ao Estado e por consequência a população, mas sim o que se é realizado com este dinheiro, na qual deveria ser destinado primordialmente para ressocializar o detento e reeduca-lo para retornar a vida em sociedade.

Entretanto, a realidade carcerária brasileira é outra, apesar dos constantes aumentos dos preços para manter um presidiário na penitenciária, verifica-se uma precariedade total dos presídios e um abandono maior ainda em relação ao modo de vida dos detentos, prejudicando e muito a intenção maior de reabilitar os apenados.

Sendo assim, a viabilidade social que deveria ser a mais frizada e importante nesta transformação de caráter e postura do detento, torna-se de menor importância no meio de tantos abusos praticados no interior dos presídios. Afinal, se o cidadão tem sua cota de participação na sustentabilidade de um detento nas prisões brasileiras nada mais justo que este veja a correta reinserção do próprio detento na sociedade. Mais importante que o gasto material é o retorno sadio do apenado ao seio da sociedade.

Contudo, se o dinheiro é gasto e a reabilitação do preso é mínima, como se falar em viabilidade social, se nem mesmo há viabilidade econômica. Claro, que uma está conjugada a outra, porém se ainda houvesse a total reabilitação de um condenado, estaríamos recebendo algo em troca pelo esforço despendido e empenhado. Ainda assim valeria a pena o gasto total disponibilizado na reabilitação. Infelizmente, tal prerrogativa não ocorre. A cadeia invés de promover a devida reinserção somente colabora para que os detentos utilizem esta como uma escola do crime. Se o detento entra nas prisões para ser reabilitado ele sai inevitavelmente um “letrado” na criminalidade.

Porquanto é necessário saber aonde o dinheiro empenhado é investido e de que modo é investido. Pelo gasto mensal o sistema prisional deveria estar em melhor estágio de conservação, bem como a recuperação dos apenados ser mais eficiente.

Assim de nada resolve haver um aumento sucessivo no custo de manutenção dos detentos nos presídios se nada é devidamente investido. Deve gerar uma política de

conscientização de que os presos são humanos e mesmo cometendo falhas, devem ter seus direitos respeitados.

Portanto o projeto prisional atuante hoje é totalmente inviável e inaceitável para um Estado que se julga democrático e respeitador dos direitos humanos.

4 O QUE ESTÁ SENDO FEITO PARA MUDAR A HISTÓRIA.

As dificuldades e limitações do sistema carcerário são tantas que o Estado, unicamente, não consegue e nem tem recursos para modificá-lo e melhorá-lo.

A construção de penitenciárias é um recurso, não muito correto e eficiente, mas em um primeiro momento, o mais usado para tentar desafogar o sistema prisional. Há várias construções em andamento, com um acréscimo de 19.000 mil vagas.

Juntamente com o Estado, as iniciativas particulares estão ajudando os detentos a traçarem um novo rumo em suas vidas. E pelo modo mais acertado e dignificante, qual seja o emprego. Há muitas empregas que estão disponibilizando vagas para os presidiários, ainda de modo velado, mas compensador para os detentos.

Ainda em cooperação com o Instituto Latino Americano das Nações Unidas (ILANUD), o Estado de São Paulo iniciou um projeto que busca ampliar o número de condenados que cumprirão suas penas prestando serviços à comunidade, essa sim, considerada uma grande válvula de escape para diminuir o número de presos.

O Ministério da Justiça está visando à melhoria do sistema carcerário. Dentro as suas metas estão à ampliação da participação da sociedade civil, o apoio a programas de emergência para corrigir as condições inadequadas dos estabelecimentos prisionais, dentre outras.

Há também a criação de estabelecimentos prisionais na esfera federal, com mais segurança e modernidade.

Com a ação de Reparcelhamento dos presídios, pretende-se evitar o ingresso de armas e outros instrumentos metálicos.

Assim a junção de esforços pode mudar a situação do sistema carcerário, se o Estado, as empresas, e os estudantes de direito e a sociedade procuraram ressocializar verdadeiramente o detento esta massa rejeitada e massacrada pode sim voltar a ter uma vida social.

Um exemplo de atitude é a Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel – FUNAP – São Paulo, que procura reabilitar e ressocializar o preso por meio de programas de educação, trabalho, as quais se transformam em caminhos para outros detentos não mais delinqüirem.

Muitas empresas particulares, como já dito, contratam presidiários para trabalharem e desenvolverem suas funções dentro ou fora das penitenciárias, recebendo salários.

Em Minas Gerais há um projeto em andamento que procura revolucionar o trabalho dos detentos, uma vez que dá ênfase à preparação educacional profissionalizante, para a reintegração do mesmo a sociedade. E vai mais longe, estendendo-se o atendimento psico-social aos familiares dos apenados.

Portanto, é preciso que a sociedade, as empresas e o Estado, vislumbrem uma nova alternativa para o sistema prisional, não há mais como pensar em resolver o problema carcerário somente construindo presídios, isso não é mais uma forma eficaz de solução e ressocialização do detento. É latente a necessidade de encarcerar menos e ressocializar mais. Esforços mútuos podem mudar a história e fazer com que a vida nos presídios torne-se menos primitivas e mais ressocializantes.

O detento deve sim, trabalhar, estudar e interagir com a sociedade, sem dizer nas condições mínimas dentro das celas.

Se o Estado não consegue por si só modificar a atual estrutura carcerária, devemos nós, cidadãos e empresas ajudarmos nesta nova percepção do que seja ressocializar os presos, na forma não só psicológica mas principalmente educativa e profissional.

Não podemos e nem devemos nos omitir diante da atual situação carcerária, pois se assim continuarmos veremos em poucos anos o total massacre da máquina carcerária.

A pena é para ressocializar e não massacrar. Deve-se ter clara a finalidade da pena e sua aplicabilidade nos dias modernos, pois só assim o caráter ressocializador do sistema prisional vai ser qualitativo e não quantitativo.

Sendo assim, a aptidão para ser livre não se restringe apenas a não permanecer livre, mas, sim, na observação dos princípios de liberdade, estes que devem ser aplicados a todos indistintamente, até mesmo aos que se encontram encarcerados, pois tal princípio deve se pautar sempre na moralidade, ética e limites sociais.

Só assim conseguiremos promover a paz social e a reinserção de todos na sociedade justa e amplamente ressocializadora. Do contrário, continuaremos a condenarmos duas vezes os detentos, uma legal e outra socialmente. Impossibilitando-os de retornarem a uma vida saudável e justa.

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 individuo 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 principio 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 ressocialização, 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.

Por conseguinte, a problemática da pena e sua função, desemboca primordialmente na estrutura carcerária. O que falar então desse problema latente e quase caótico da população como um todo.

Os presídios atualmente tornaram-se apenas um instituto cruel e inviável para a punição de condenados.

Consequentemente não há como discorrer sobre o sistema prisional sem mencionar claramente a parcela de responsabilidade de cada cidadão, isso sim, é clarividente no meio social de cada individuo infelizmente nós – sociedade- preferimos fecharmos os olhos e continuar a nos enganar na ilusão de um sistema prisional viável e reabilitador.

Ora, é inaceitável tal postura frente à realidade em que vivemos. Se a função da pena está totalmente distorcida a função da prisão está totalmente falida e ultrapassada.

Diga-se, prisão não é e nunca deveria ser uma maneira de esmagar os nossos pares e condicioná-los a uma vida degradante e subumana, pelo contrário deveria possuir um intuito de reeducar e reabilitar os detentos. Infelizmente, em nosso atual momento, é quase impossível tal objetivo ser aplicado.

A infra-estrutura carcerária está a ponto de explodir e a vida dos detentos ali, é totalmente degradante. Falta educação, atendimento médico, recreação e lazer e principalmente respeito aos direitos humanos e sociais de cada individuo.

As penitenciárias não deveriam ser apenas um entulho de pessoas, mas pelo contrário deveriam ser uma máquina a favor da população e dos próprios legisladores.

Se o sistema é antigo e ultrapassado então devemos procurar outros modos e formas de reabilitar os apenados, o que não é aceitável em nenhum momento é nos, enquanto sociedade, cruzarmos os braços e fingirmos que tal problema não nos interessa e nem modifica as nossas vidas. A indignação ainda é o melhor caminho para a solução da problemática carcerária e até mesmo social. Enquanto tivermos a capacidade de nos revoltarmos contra atrocidades cometidas teremos coragem para ecoarmos o nosso grito e mudarmos o meio em que vivemos. Não devemos deixar a responsabilidade somente para os operadores da lei e legisladores, afinal eles são os nossos representantes formais, mas devemos sim, guia-los para conduzir de maneira mais correta os nossos anseios e ideologias.

Assim não podemos condenar duas vezes uma pessoa que transgrediu uma norma, ela deve pagar pelos seus erros, mas de modo reabilitador para voltar a conviver em sociedade.

A pena duplamente aplicada, diga-se, a pena jurídica e a pena social de segregação é desumana. Os erros devem ser corrigidos e nós devemos dar esta oportunidade a todos indistintamente.

Não podemos voltar à era primitiva onde não vigorava nenhum princípio e nenhuma solidariedade humana. As regras ditadas e asseguradas na Constituição Federal devem ser asseguradas a todos sem exceções. Os Tratados assinado pelo Brasil de total livre acordo devem estar presentes em todos os atos e devem ser respeitados, não tornando-se apenas letra morta da lei.

Enquanto não entendermos que prisão não é somente para excluídos socialmente e sem condições alguma de terem um julgamento justo e paritário como a parcela minoritária mais rica de nossa sociedade, estaremos nos enganando e punindo irregularmente nossos iguais.

Ainda, enquanto não houver uma total modificação na estrutura social, econômica e política de nosso país, dificilmente reescreveremos nossa história. Se apenas a maioria de uma população sem condições nenhuma de trabalho, estudo e salários dignos continuar a vigorar maciçamente entre nós, continuaremos a vivenciar a superlotação carcerária e a sua ineficiência.

O investimento na pessoa ainda é a melhor ferramenta para se evitar futuras decepções. O investimento em saúde, educação e infra-estrutura digna a todos ainda é o melhor caminho e solução para retirar a influencia do crime e irresponsabilidade perante todos. O caminho não é fácil, mas ainda é o único meio de preparar os jovens e crianças para a vivencia social saudável e em consonância com a lei.

A palavra liberdade deve ser utilizada na sua forma plena e objetiva, contudo, deve gerar no interior de cada pessoa as restrições que traz em seu bojo, liberdade deve ser antes de mais nada a limitação do direito de cada pessoa, ou seja, respeitar o seu semelhante e usufruir de sua liberdade até o limite que não prejudique seus pares.

Isso se aplica a toda população, legisladores e também empresas. Aliás, estas devem assumir seu papel social e criar novos meios de ajudar na reabilitação dos apenados. Claro, que isso já vem acontecendo em alguns Estados, mas a mobilização ainda é pequena e inexpressiva.

Portanto, a pena e o sistema carcerário não devem ser belos somente no papel, estes precisam ser respeitados e aplicados a todos, de modo seguro e eficiente. As clausulas garantidas em nosso ordenamento de condições mínimas de cumprimento da pena deve ser respeitada e posta em prática.

Não tem como aceitar que pessoas vivam esmagadas por um sistema injusto e inoperante. Saúde, educação e condições condignas é instrumento para formalizar uma sociedade democrática, consciente e justa.

Por fim, a vida de cada pessoa deve ser respeitada e o objetivo da pena e do sistema carcerário não deve ser punir demasiadamente, mas o inverso, reabilitar para a convivência social.

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.

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.

JUNQUEIRA. Gustavo Octaviano, *Elementos do Direito*, São Paulo: 5ª Edição. Premier, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*, São Paulo: 11ª Edição. Atlas, 2008.

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, São Paulo: 16ª Edição. Atlas, 2000.

SÁ, Matilde Maria. *O Egresso do Sistema Prisional no Brasil*, São Paulo. PaulistanaJur, 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO, *Penas Alternativas e Ressocialização*.