

FAECA DOM BOSCO DE MONTE APRAZÍVEL



REVISTA JURÍDICA
O SABER
COMPLETAMENTE

ISSN 2179-7714 - Volume 1 - Revista nº 5 - Setembro/2015

REVISTA JURÍDICA - O SABER COMPLETAMENTE

Publicação anual do Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Monte Aprazível e convidados.

Presidente da Mantenedora: Iracema Maria Ciconelli

Diretor: Vanderlei Pereira

Diretor Pedagógico: Profº. Dr. José Amâncio Gomes

Coordenador do Curso de Direito: Profº. Fernando Vidotti Favaron

Coordenador da Revista Jurídica: Profº. Msc. Sérgio Castrequini Fante

Assistente da Coordenação da Revista Jurídica: Profº. Esp. João Terra Junior

Conselho Editorial:

Presidente do Conselho Editorial: Profº. Dr. Rubens Alexandre da Silva

Profº. Msc. Sérgio Castrequini Fante

Profº. Esp. João Terra Junior

Profº. Dr. José Amâncio Gomes

Profº. Dr. Rubens Alexandre da Silva

Revisão:

Profº. Msc. Sérgio Castrequini Fante

Profº. Esp. João Terra Junior

Profª. Msc. Miriam Montoro Mugayar

ATENÇÃO: Todos os artigos publicados nesta revista foram cedidos por seus autores. A Revista Jurídica FAECA Dom Bosco de Monte Aprázível não se responsabiliza pelos conceitos emitidos pelos artigos assinados, sendo de inteira responsabilidade de seus autores.

PREFÁCIO REPUBLICADO**“Per aspera ad astra”**

Ao fazer uso do provérbio, para iniciar este prefácio, com o qual apresentamos a terceira publicação da Revista Jurídica “COMPLETAMENTE”, o faço para prestar minhas homenagens ao nosso eterno Presidente da Associação de Ensino Dom Bosco de Monte Aprazível, o saudoso Dr. Saraiva, o qual prefaciou a primeira edição da nossa Revista Jurídica. Portanto minha tarefa é árdua e inglória, pois suceder o Dr. Saraiva em qualquer atividade intelectual é sempre uma temeridade, dado sua insuplantável capacidade de se expressar.

O contínuo trabalho de estudos e pesquisas, em qualquer área do conhecimento humano, mormente, como é o nosso caso, na área das ciências jurídicas, nos leva sempre à necessidade de divulgar nossa produção, não apenas por vaidade, mas sim pelo fato e nos colocarmos sempre em situação de reflexão e debate com a sociedade, assim é através de nossa Revista Jurídica é que abrimos espaço para esse mister.

Assim é que, a Revista Jurídica COMPLETAMENTE, em sua terceira publicação reúne uma seleção de importantes artigos os quais são precedidos de um resumo com a finalidade de ingressar o leitor no contexto do artigo e da revista como um todo, razão pela qual não vemos, nesse prefácio, a necessidade de apresentar qual resumo dos temas selecionados.

Oportuno se faz, no entanto, agradecer a todos os autores dos temas tratados, sejam ele professores da Faculdade, alunos, professores de outros institutos, os quais gentilmente se colocaram a disposição dos responsáveis diretos pela edição da revista.

Cabe, ainda agradecer a todos os pesquisadores que enviaram seus trabalhos, mas por motivos de espaço e oportunidade não tiveram seus artigos publicados, os quais, com certeza estarão presentes nas próximas edições.

“No mundo sempre existem os sonhadores de costume, que nunca têm a força de vontade para a concretização de seus sonhos, pois esperam de todos tudo aquilo que desejam conquistar. Há também os apáticos, os indiferentes e os que já se consideram vencidos e não têm sequer a capacidade de sonhar, pois permanecem sempre sentados, às margens de suas estradas, vendo a vida passar. Todavia, há os que sonham e apresentam a capacidade e a imediata ação para transformar seus sonhos em realidade” (Saraiva)

Reproduzi o texto acima, de autoria do Dr Saraiva, pois, além de ser uma forma de prestar a devida homenagem ao ilustre advogado e escritor, ilustra muito bem a luta daqueles que não tem medido esforços para manter a realidade do sonho possível de termos atrelada ao nosso curso de direito e a FAECA Dom Bosco de Monte Aprazível uma revista jurídica de qualidade e consolidada ao apresentar para o público leitor a sua terceira edição.

Prof. Dr. José Amancio Gomes
Coordenador do curso de Direito.

SUMÁRIO

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: DA TEORIA À PRÁTICA.....	07
Luciana C. F. Fontes	
Plínio A. B. Gentil	
A INTERPOSTA PESSOA NA SOCIEDADE LIMITADA E A SUJEIÇÃO PASSIVA TRIBUTÁRIA.....	19
Paulo Sérgio Lopes Gaspar	
Sérgio Augusto Nogueira	
MEDIAÇÃO: SOLUÇÃO OU ILUSÃO?.....	32
Caricielli Maisa Longo	
Marcelo Pereira Longo	
A DIALÉTICA DO TRABALHO: DA HUMANIZAÇÃO À DESUMANIZAÇÃO DO HOMEM.....	48
Vanessa Souza Rosa	
Washington Cesar Shoiti Nozu	
O PSICOPATA HOMICIDA SOB O PRISMA DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....	59
Fábio Rocha Calari	
Yandara Maria Costa da Silveira	
BREVE HISTÓRICO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA OPRESSÃO DO GÊNERO E DA SEXUALIDADE NO PERÍODO COLONIAL LUSO-BRASILEIRO.....	80
Vinicius Santos de Oliveira	

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Os artigos Jurídicos encaminhados para apreciação do Conselho Editorial e do Editor da Revista Jurídica deverão seguir as seguintes regras metodológicas:

- a) O trabalho científico deverá ser inédito, ou seja, não poderá ter tido parte ou totalidade de seu conteúdo publicado em livros, revistas, jornais, sítios da Internet, etc;
- b) Deverá ser escrito em Folha A4, com margem superior e esquerda de 3 cm e margens inferior e direita de 2 cm;
- c) Deverá ser escrito com letra Times New Roman número 12 e espaçamento entre linhas de 1,5;
- d) Deverá ter no mínimo 7 (sete) e no máximo 25 (vinte e cinco) laudas. Serão aceitos artigos maiores, desde que devidamente justificada a necessidade do excesso;
- e) Os artigos deverão versar preferencialmente sobre algum fato relevante da área jurídica ou do Ensino Superior;
- f) O autor deverá apresentar um breve resumo para ser colocado no início do artigo e palavras chaves que identifiquem seu conteúdo;
- g) O artigo deverá estar obrigatoriamente acompanhado das referências bibliográficas que serviram de suporte para a pesquisa de seu autor;
- h) Deverá ainda apresentar um breve apanhado de sua vida profissional e acadêmica que será publicado junto ao artigo;
- i) Os assuntos, conceitos, discussões, dados apresentados, etc, serão de inteira responsabilidade do autor do artigo que assume total responsabilidade perante nossa legislação de Direitos Autorais e principalmente a legislação criminal.**
- j) O artigo poderá ser escrito por professores, alunos ou qualquer outra pessoa que queira colaborar com a revista. Serão aceitos artigos em co-autoria.**
- k) Os artigos deverão ser enviados para o e-mail rjdombosco@bol.com.br.**

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: DA TEORIA À PRÁTICA

Luciana C. F. Fontes¹

Plínio A. B. Gentil²

Introdução

Lutas contra a opressão e o poder do Estado marcaram a conquista pelos direitos humanos de primeira geração como instrumento de proteção do cidadão.

Pode-se falar que, a partir do slogan *liberdade, igualdade e fraternidade*, três gerações de direitos humanos são semeadas; torná-los *fundamentais* significou conferir-lhes caráter de lei jurídica positivada: nos tratados, nas constituições e em toda sorte de normas infra-constitucionais; trata-se, ademais, de direitos que trazem consigo as características da imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade e impossibilidade de retrocesso (esta última querendo significar que, uma vez reconhecido, um direito não mais poderá ser revogado).

O trabalho ocupa-se do direito à educação, como direito humano fundamental, que integra a segunda geração dessa categoria, os denominados “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, conforme os termos da Constituição brasileira. Aludida geração de direitos ganhou espaço no direito internacional a partir do século XX, com as revoluções de caráter popular, como a mexicana (1910) e a russa (1917), sendo mais tarde positivada pelas respectivas constituições, além de parcialmente pela constituição alemã de Weimar (1919) e, depois, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), esta programática em relação ao posterior Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); destaca-se no mesmo sentido, no âmbito do continente americano, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969).

O trabalho será apresentado em três capítulos, nos quais se abordará, primeiro, o direito à educação no panorama dos direitos humanos fundamentais; a seguir, a noção e características do que seja propriamente este direito, seu conteúdo, base legal e sua vinculação com a dignidade enquanto fundamento da república; por fim, os deveres que resultam para o Estado no sentido de efetivar tal direito e, além disso, um recorte da situação de fato no país, em que se vê a precarização desse direito, finalizando com ligeira análise do valor da ação coletiva organizada a fim de forçar a plena concretização do direito à educação, bem como a realização das intenções declaradas pelo Estado de implementar medidas tendentes a alcançar melhor qualidade na prestação de tal direito. A pesquisa é bibliográfica e utilizar-se-á do método dedutivo.

¹Advogada em S. José do Rio Preto. Bacharelada em Letras (UNESP). Integrante do Grupo de Estudos Sociologia/Política de S. José do Rio Preto.

²Professor de Direito (PUC-SP e UNIP-SJRPretó). Doutor em Direito e em Educação. Procurador de Justiça em S. Paulo. Integrante do Movimento do Ministério Público Democrático e do Grupo de Estudos Sociologia/Política de S. José do Rio Preto.

1. Direito à educação entre os direitos humanos-fundamentais-sociais

Na estrutura dos direitos humanos e fundamentais, surge o direito à educação como direito de segunda geração.

Na base de qualquer sistema jurídico encontram-se princípios, alguns constitucionais, que figuram como agentes de estrutura e coesão. Nossa Constituição Federal, nascida de uma assembléia constituinte, durante o primeiro governo civil em vinte e um anos, na alvorada, portanto, da ruptura com um sistema autoritário, edificou-se apoiada em quatro princípios, tidos por verdadeiros fundamentos, previstos expressamente no artigo 1º: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. A *natureza jurídica* da república – se é lícito dizer isto – é um assim chamado *Estado Democrático de Direito*.

No que diz respeito ao princípio/fundamento da dignidade da pessoa humana, este se encontra no núcleo dos demais princípios norteadores de nosso Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, de qualquer norma jurídica, mesmo constitucional. Quer dizer que qualquer norma prevista no ordenamento jurídico visa garantir a efetivação desse princípio, que vale *erga omnes*, independentemente de qualquer circunstância. Nas palavras de RIZZATO NUNES (2010, p. 65), trata-se de “um verdadeiro supra-princípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais”.

Deste modo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³, em seu preâmbulo, considera a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. E em nossa Constituição a dignidade da pessoa humana, como princípio e fundamento, coloca-se na base de quaisquer produções normativas sob dois aspectos: como um direito de proteção do indivíduo – em relação ao Estado, bem como em relação aos demais indivíduos – e como um dever fundamental. Confira-se:

Na realidade, a dignidade da pessoa humana deve ser o princípio norteador de todas as nações do planeta. Como conceito, a dignidade da pessoa humana está ligada a valores morais intrínsecos do ser humano e se manifesta instantaneamente com a vida, exigindo-se respeito por parte dos demais. (OLIVEIRA; SIQUEIRA JR., 2007, p. 164 *apud* BREVIGLIERI; LIMA, 2007, p. 46)

A expressão *direitos humanos* designa as prerrogativas essenciais à pessoa humana. São direitos de defesa dos cidadãos, que consistem num plano jurídico-subjetivo do exercício de liberdades positivas e negativas por parte do Estado; são direitos e liberdades garantidos a todos os cidadãos, a fim de que possam viver dignamente. Configuram também elencos de direitos específicos de grupos, temporária ou permanentemente, vulneráveis.

Os direitos humanos fundamentais, por sua vez, apresentam-se em três gerações: a primeira geração diz respeito aos direitos civis e políticos; a segunda aos direitos econômicos, sociais e culturais; e a terceira relaciona-se aos chamados direitos de solidariedade.

³ HUMANOS, DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Versão na Íntegra. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso outubro de 2014.

Os direitos humanos fundamentais ganharam relevância social a partir do século XIX, durante e após a Revolução Industrial, e, no século XX, com a constituição mexicana (1917), a constituição soviética (1918) e com a constituição de Weimar (1919), na Alemanha. O surto de industrialização dos países capitalistas centrais desnudou um imenso abismo entre os proprietários dos meios de produção (terras e fábricas) e os despossuídos, forçados a vender sua força de trabalho àqueles e ficando sujeitos às mais degradantes condições de vida nos centros urbanos, aonde foram ter por conta da perspectiva de emprego. Toma-se, por isso, consciência de uma concreta dicotomia entre uns e outros, que leva à compreensão da existência de classes antagônicas: a burguesia e o proletariado. À força de movimentos de pressão, muitas vezes sangrentos, ocorre, pouco a pouco, a positivação de direitos chamados *sociais* e seu reconhecimento como direitos inerentes ao cidadão. Do ponto de vista jurídico-positivo foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que houve certa internacionalização dos direitos sociais, hoje reconhecidos, ao menos formalmente, em nossa Constituição, que proclama prezar pela soberania do povo, a cidadania, a dignidade humana e vontade da maioria, bem como prestigiar os direitos fundamentais, dando-lhes grande relevância.

Neste sentido, os *direitos sociais* inserem-se na categoria de *direitos humanos fundamentais* de segunda geração que, em suma,

impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício de liberdade (MARMELSTEIN, 2008, p. 51 *apud* MACEDO & SILVA, p. 5).⁴

A seguir-se a estrutura da Constituição brasileira, pode-se agrupá-los em cinco categorias, conforme sua natureza e/ou beneficiários: a) Trabalhadores: direitos individuais e coletivos; b) Seguridade social: direito à saúde, à previdência social, à assistência social; c) Econômicos; d) Cultura e segurança: direito à educação, ao lazer, à moradia, à alimentação e à segurança pública.

Na Constituição Federal os direitos sociais estão dispostos, exemplificativamente, no art. 6º e trata-se de categoria consistente nos

direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados [na forma desta Constituição].

O reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda geração – direitos sociais – exige maior esforço do poder público, para que se viabilizem melhores condições de vida e o exercício pleno dos direitos dos cidadãos, além de efetivar a igualdade social e de direitos. Fundamenta-se no respeito à dignidade da pessoa humana e são condições necessárias para o exercício dos direitos fundamentais; sendo assim, trata-se de uma das normas basilares do Estado Democrático de Direito.

Aí, entre os direitos sociais, encontra-se o direito à educação. Do tronco maior ele absorve a característica de ser uma espécie de direito cuja essência é seu caráter de generalidade, querendo isto dizer que só constitui direito se for destinado a uma coletividade: ou é direito de todos, ou não é de ninguém.

⁴ MACEDO, Aruza Albuquerque; SILVA, Cleyton Barreto e. **A fundamentalidade dos direitos sociais**. Disponível em: http://www.faz7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/afundamentalidadedossdireitossociais.pdf.

2. Direito à educação: noção, características

No que tange ao direito à educação, este é reconhecido como um direito público subjetivo, ou seja, figura como norma de caráter público e indisponível. A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foi definido que todo cidadão tem direito à educação, a fim de que tal direito possa ser reconhecido e garantido pelo Estado. Dessa forma, constitui-se como um instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana, da igualdade material⁵ entre as pessoas e, ainda, é um direito que permite o pleno exercício da cidadania. De acordo com MARSHALL (1967, p. 736 *apud* SAVELI; TENREIRO, 2012, p. 52), “a educação é um pré-requisito necessário de liberdade civil”. Veja-se:

A educação se constitui como um importante meio de acesso aos bens culturais e um caminho para a emancipação dos sujeitos, pois é por meio dela que adquirimos conhecimentos necessários para melhor participar, de modo autônomo e consciente, nos diferentes espaços sociais e políticos e também no mundo profissional. (SAVELI; TENREIRO, 2012, p. 53)

Positivada no rol de direito social no artigo 6º de nossa Constituição, a educação, conforme o artigo 205 da Carta Magna, constitui um “direito de todos e dever do Estado”, além da família, e visa o “pleno desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

A propósito de um sentido emancipador da educação, Plínio Gentil (2012, p. 26) lembra que “o vocábulo **educação** tem origem no termo latino *educationis*, cujo sentido original é o de 'criar, alimentar'; o que cria, alimenta, é pai, é o *educator* (FARIA [sd], p. 337)”.

E prossegue:

Educar é, portanto, mais do que ensinar, posto que antecede qualquer ensino, já que constitui ação geradora e mantenedora de vida, física e socialmente considerada. Seu sentido amplo é, portanto, o de proporcionar um aprendizado verdadeiramente social (2012, p. 27).

O Estado, no exercício de referida liberdade positiva, tem o dever de garantia da educação, o qual deverá ocorrer de maneira obrigatória e gratuita⁶, sob pena de incorrer em crime de responsabilidade.

Segue-se que

⁵ Na premissa de Aristóteles: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades” (*Apud* SAVELI; TENREIRO, 2012).

⁶ **Art. 208.** O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

- I- Educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
- II- Progressiva universalização do ensino médio e gratuito;
- III- Atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV- Educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
- V- Acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI- Oferta de ensino noturno regular adequado às condições do educando;
- VII- Atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

(...) todo cidadão brasileiro tem o subjetivo público de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional, independentemente de vaga, sem seleção, porque a regra jurídica constitucional o investiu nesse status, colocando o Estado, ao lado da família, no poder-dever de abrir a todos as portas das escolas públicas e, se não houver vagas, nestas, das escolas privadas, pagando as bolsas aos estudantes (CRETELLA, 1991, v. 2, p. 881-2 *apud* OLIVEIRA, 1998, p. 4).⁷

O direito à educação é um preceito regulamentador da dignidade da pessoa humana e coloca em evidência os princípios que regem a convivência social do indivíduo. Estabelece, ainda, um elo indissociável e harmônico entre as gerações de direitos fundamentais, ao passo que é imprescindível à salvaguarda da liberdade, tratando-se, ainda, de um meio indispensável para a realização de qualquer direito, ao passo que insere o indivíduo no meio social, proporcionando-lhe condições básicas para a convivência neste.

No ordenamento brasileiro, o direito à educação foi previsto em textos constitucionais anteriores à Carta Magna de 1988, ainda que de forma tímida. Na constituição do império, por exemplo, seu artigo 179 dispunha que:

a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...) 32. A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos.

Ainda que tratada como norma constitucional nas cartas seguintes, pode-se dizer que foi somente a partir da Constituição de 1967 que a educação passou claramente a figurar como dever do Estado, ainda que nem sempre existissem instrumentos que propiciassem a sua correta exigibilidade e efetivação.

3. Direito à educação: das leis para a realidade

A Constituição Federal de 1988 incorpora, segundo já visto, referido direito ao rol de direitos sociais do artigo 6º, bem como o impõe como dever do Estado, dispondo especificamente sobre ele no Capítulo III do Título VIII – *Da Ordem Social* –, especialmente nos artigos 205 a 214; fica estabelecido o ensino fundamental como etapa obrigatória da educação básica brasileira.

O Estado, ao lado da família, figura como responsável pela educação obrigatória, incidindo em crime de responsabilidade, quando houver negligência na prestação dessa garantia.

A educação, portanto, é proclamada um direito de todos – devendo ser assegurado a todos os cidadãos, a qualquer tempo –, em relação ao qual tem o Estado o dever de garantia, obrigando-se a agir assentado no princípio da igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola, bem como mantendo um padrão de ensino de qualidade.

Além de se tratar de uma garantia constitucional, foram criados mecanismos de defesa e efetivação desse direito fundamental, ou até mesmo de sua ampliação. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)⁸, por sua vez, estabeleceu, dentre outros, o conceito de educação básica, a qual se constitui

⁷ OLIVEIRA, Romualdo Portela de. **O direito à educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de justiça**. Revista Brasileira de Educação, n. 11, p. 61-74, mai./jun./jul./ago. 1999. Disponível em < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30315-31270-1-PB.pdf> >. Acesso outubro de 2014.

⁸ Lei federal nº 9.394, de 20 de dezembro 1996.

em três etapas: a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio.

Dessa forma percebemos que a educação foi se tornando protagonista da atuação do poder público de maneira gradual. Inicialmente tratada tão somente como um programa do Estado, passou a figurar como direito de todos os cidadãos, que deve ser exercido de forma gratuita e obrigatória, de forma a atingir a todos, independentemente da idade e do nível de conhecimento em que se encontrem. Como se tem dito,

O direito à educação parte do reconhecimento de que o saber sistemático é mais do que uma importante herança cultural. Como parte da herança cultural, o cidadão torna-se capaz de se apossar de padrões cognitivos e formativos pelos quais se tem maiores possibilidades de participar dos destinos de sua sociedade e colaborar na sua transformação. Ter o domínio de conhecimentos sistemáticos é também um patamar *sine qua non* a fim de poder alargar o campo e o horizonte desses e de novos conhecimentos (CURY, 2002, p. 260 *apud* SÁVELLI; TENREIRO, 2012, p. 56).

Portanto a educação, como direito fundamental de caráter social, ocupa posição de destaque em nosso ordenamento jurídico, ao passo que tem qualidade de norma de aplicabilidade imediata, na forma do § 1º, do artigo 5º da Constituição Federal. Referido direito encontra-se indissociavelmente ligado aos princípios maiores de nosso Estado Democrático de Direito, devendo estar disponível a todos os cidadãos indistintamente.

Intrinsecamente vinculado aos princípios maiores do Estado Democrático de Direito e acessível a todos, confere-se ao Estado, precipuamente, a responsabilidade de realizar medidas positivas no tocante à prestação do direito à educação em cumprimento aos preceitos constitucionais, devendo-se aparelhar para oferecer a todos os serviços educacionais mínimos, com base num planejamento e tendo como pressuposto a implementação de políticas de caráter público.

Deste modo, mediante a vinculação de todos os poderes públicos – Executivo, Legislativo e Judiciário –, deve-se adotar medidas até o máximo de recursos disponíveis pelo Estado. Em relação às ações governamentais obrigatórias, conforme anuncia a Lei Maior, em seu artigo 211, os entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – organizarão o sistema de ensino nacional de maneira colaborativa, de modo a assegurar a universalização e a qualidade do ensino obrigatório. Veja-se o texto constitucional:

Art. 211 – (...)

§ 1º - A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

§ 2º - Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º - Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e (...)

§ 5º A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular.

Os direitos sociais pressupõem disponibilidade financeira para que sejam aplicados corretamente. No entanto, é sabido que a destinação das receitas públicas disponíveis para a educação dá-se de maneira insuficiente, resultando com que o poder público negligencie grande parte da obrigação que lhe é imposta.

Apenas em julho de 2014 foi sancionada lei que, aprovando o Plano Nacional de Educação (PNE), determinou a destinação de dez por cento do PIB (Produto Interno Bruto) a investimentos em educação

(Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014). No momento em que este trabalho está sendo concluído, professores da rede pública do Estado de S. Paulo caminham para mais de oitenta dias de greve, que já chegou a registrar um índice de setenta por cento de paralisação na Grande São Paulo. Lutam por melhores salários, classes menos lotadas, concursos públicos para provimento efetivo, material escolar. O Estado mais rico da federação tem se negado a atender suas reivindicações. Enquanto isto, no Paraná, o governo estadual enfrentou manifestação de professores com a brutalidade da sua polícia militar, levando a um considerável saldo de manifestantes feridos e humilhados. No Brasil a força pública, treinada inicialmente para caçar escravos fugidos, hoje bate em professores.

O PNE atende a uma previsão da Constituição (art. 214) e da Lei n. 9394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB), que traça os contornos de uma política pública para a educação no país.

Por óbvio os regramentos legais estabelecem montantes mínimos a serem aplicados na prestação adequada do direito à educação. Aí é que, em defesa da crônica inadimplência do Estado neste setor, fala-se – e há sempre juristas à disposição – do princípio da *reserva do possível*, artifício por meio do qual se procura legitimar ao Estado a prestação do direito à educação *apenas no limite das suas possibilidades* – geralmente financeiras.

Para Pedro Demo, isto é mais um exemplo de *políticas pobres para pobres*, assim se manifestando a propósito do tema:

Sendo educação uma das políticas públicas mais relevantes para gerar qualidade política na população (Demo, 1998, 2004d), temos nela um dos espaços mais sensíveis, tanto da possível imbecilização quanto da gestação do confronto. Educação de qualidade propicia o saber pensar, a autonomia, a aprendizagem e o conhecimento de teor reconstrutivo político. Quando não tem qualidade, pode ser esquema reprodutivo tacanho, coisa pobre para o pobre. Infelizmente, no Brasil vigora um dos desempenhos escolares mais precários do mundo (Ioschpe, 2004) (2006, p. 93).

Claro que, frente à *reserva do possível*, pode-se argumentar com o direito ao *mínimo existencial*, sendo válido socorrer-se de outros dois princípios basilares de todo e qualquer ordenamento jurídico: a *proporcionalidade* e a *razoabilidade*. É preciso, indiscutivelmente, garantir o respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, assegurando-se aos cidadãos a prestação mínima essencial desse direito fundamental que é a educação.

Porém a imposição de padrões razoáveis de investimento público em educação, assim como um correto direcionamento dessa aplicação, fundado numa criteriosa eleição de prioridades, somente se tem mostrado possível na medida da real capacidade de pressão dos interessados. Dentre estes se encontram, naturalmente, os profissionais da educação, os quais têm se mostrado competentes em se agrupar e organizar suas reivindicações. Assim é que, sobretudo a partir da década de setenta do século vinte, passaram a criar

associações, federações e sindicatos que dão o colorido especial ao próprio debate educacional desse momento. Suas formas de organização e de reivindicação levam velhos educadores, como Paschoal Lemme, a se surpreenderem, afirmando, por exemplo, ser impensável, em sua época, uma greve de professoras primárias (BUFFA; NOSELLA, 2001, p. 171-172).

Em fins do ano de 2014, a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (SAE) elaborou o documento intitulado *Pátria Educadora: A Qualificação do Ensino Básico como Obra de Construção Nacional*, com o que pretendeu fixar objetivos para a melhor implementação do direito à educação. O documento, verdadeira carta de intenções, prevê uma série de ações estatais, como viabilizar o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) *online*, além da utilização de novas tecnologias em sala de aula, avanço da qualificação “para formar professores e de uma variante do Programa Universidade para Todos (ProUni), o Profaped, que se destinará a conceder bolsas de estudo a estudantes que ingressem nos cursos de pedagogia e de licenciatura” (agenciabrasil, 04/maio/2015).

Já se ouvem críticas do setor ao documento da SAE, como do coordenador-geral da Campanha Nacional pelo Direito à Educação, Daniel Cara, que vê pouca aderência do documento ao Plano Nacional de Educação, ressaltando que “o documento ainda precisa ter diálogo com o PNE [...]” (ibidem). De toda sorte, há um plano e há uma declarada intenção de efetivá-lo. Muito embora certas metas, como o índice de dez por cento do PIB, devam ser implementadas gradualmente, sinaliza-se algum interesse no atendimento ao direito social à educação.

Considerações finais

Por direitos humanos entenda-se uma estrutura de direitos vinculados diretamente à essência do homem enquanto pessoa e, num sentido mais específico, também aqueles existentes para promover a igualdade de grupos vulneráveis.

Uma vez positivados, tais direitos tornam-se direitos fundamentais. Não se modifica o seu conteúdo, apenas passam a integrar o arcabouço jurídico formal do Estado.

O quadro de evolução histórico-política de tais direitos mostra progressivas gerações de seu desenvolvimento, cronologicamente ligadas ao caminhar das forças produtivas e à conseqüente alteração das relações de produção, que têm conduzido a humanidade a sucessivos arranjos sociais. Pois bem, o arranjo do capitalismo é aquele que deu origem aos direitos fundamentais chamados de primeira geração, muito naturalmente centrados no interesse individual e na propriedade privada, molas propulsoras do modelo. O surgimento de um contraponto ao capitalismo, vindo na esteira das revoluções industriais – e do quadro de miséria do proletariado, que então se desvendou – produz demandas que levam à edificação de um outro bloco de direitos considerados humanos, cujo sujeito não mais é o *homem-indivíduo*, mas o *homem-ser social*, integrante de uma coletividade marcada por interesses semelhantes e em prol da qual é forçoso reconhecer direitos até então impensados, necessariamente coletivos. Aí está a chamada segunda geração de direitos humanos fundamentais. São os direitos sociais, entre os quais se encontra o direito à educação. Educação como projeto político do Estado-nação, como meta destinada ao usufruto de todos, indistintamente.

O poder público não pode, assim, furtar-se à elaboração de ações e à efetiva implementação destas, sob pena de descumprir norma constitucional de ordem pública, imperativa, inviolável e auto-aplicável. Pois no que diz respeito ao direito à educação, além de incorrer em crime de responsabilidade, tal como se

prevê no parágrafo quarto do artigo quinto da LDB, poderão os cidadãos socorrer-se dos conhecidos remédios constitucionais – mandado de segurança e mandado de injunção, por exemplo – bem como da ação civil pública, a fim de alcançar a tutela jurisdicional e salvaguardar a supremacia dos direitos fundamentais.

Os direitos humanos configuram, *lato sensu*, garantias inerentes à pessoa humana, procuram materializar um conteúdo da dignidade humana, o qual, segundo a Constituição Federal, é um princípio/fundamento de nosso Estado Democrático de Direito. Em sentido estrito, os direitos sociais, como segunda geração dos direitos humanos, são direitos prestacionais, que se caracterizam pela imprescindibilidade da intervenção estatal para a efetivação de seus comandos, pois exigem a atuação do poder público com a finalidade de propiciar qualidade de vida aos cidadãos e igualdade real (bem-estar social e econômico, justiça social e a proteção aos hipossuficientes). O direito à educação é direito humano social e, nessa condição, integra o quadro de direitos aos quais o Estado deve dar execução mediante ações positivas.

É notório que os direitos humanos se constroem e progridem historicamente – e não foge à regra o direito à educação. Ante a recorrente inércia do poder público em sua implementação, oferecem-se aos cidadãos e a quaisquer instituições ou entidades de direito público ou privado as alternativas legais já indicadas (remédios constitucionais), bem assim uma interpretação paulatinamente estendida do direito ao *mínimo existencial*, aliada à vigilância quanto à impossibilidade de retrocesso, característica dos direitos fundamentais, e, ainda, sem jamais ignorar a necessidade de permanente capacidade de organização e reivindicação por parte de todos, notadamente os que mais diretamente se relacionam com a prestação de tão relevante direito.

Bibliografia

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

ARAUJO, Gilda Cardoso de. **Estado, política educacional e direito à educação no Brasil: “O problema maior é estudar”**. Educar em Revista, n. 39, p. 279-292, jan./abr. 2011. Editora UFPR. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40602011000100018 >. Acesso outubro de 2014.

BATISTA, Américo Donizete. **Direito a educação: abrangência normativa e efetividade da ação**. Revista Jurídica UEMG, n. 01, p. 67-68. Disponível em < <http://www.uemgfrutal.org.br/downloads/revistajuridica1.pdf> >. Acesso outubro de 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. ed. 11ª. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. ed. 23ª. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUFFA, Ester; NOSELLA, Paolo. **A educação negada**. São Paulo: Cortez, 2001.

Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.
(...) § 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 1988 e suas emendas. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira**. Lei n. 9394 de 20 de dezembro de 1996. Imprensa Oficial, 2015.
- _____. **Plano Nacional de Educação**. Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014. Imprensa Oficial, 2015.
- DEMO, Pedro. **Desafios modernos de educação**. Petrópolis: Vozes, 1993.
- _____. **Pobreza política**. Campinas: Armazém do Ipê (Autores Associados), 2006.
- DUARTE, Clarice Seixas. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. Educ. Soc, Campinas, vol. 28, n. 100 – Especial, p. 691-713, out. 2007. Disponível em < <http://www.cedes.unicamp.br> >. Acesso agosto de 2014.
- FARIA, Ernesto (org.). **Dicionário escolar latino-português**. Rio de Janeiro: Departamento Nacional de Educação, MEC, 4 ed.
- FONTES, Luciana Cristina Furtado. **O direito à educação e seus aspectos jurídicos e sociais**. Monografia. Graduação em Direito. Universidade Paulista. S. José do Rio Preto, 2014.
- GENTIL, Plínio Antônio Britto. “O pecado mora ao lado”: ensaio sobre um ícone do processo educacional da religião. **Educação, direitos humanos e cidadania** (Washington C. S. Nozu e Plínio A. B. Gentil – orgs.). Campo Grande: Ed. UFMS, 2012, p. 23-42.
- HUMANOS, DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Versão na Íntegra. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso outubro de 2014.
- KLAUTAU FILHO, Paulo. **O direito dos cidadãos à verdade perante o poder público**. São Paulo: Método; Belém: CESUPA, 2008.
- LIMA, Gabriela Eulálio de; BREVIGLIERI, Etienne Maria Bosco. **A necessidade de efetivação dos Direitos Humanos como pressuposto da dignidade da pessoa humana**. Revista Jurídica UEMG, n. 01, p. 45-51. Disponível em < <http://www.uemgfrutal.org.br/downloads/revistajuridica1.pdf> >. Acesso outubro de 2014.
- MACEDO, Aruza Albuquerque; SILVA, Cleyton Barreto e. **A fundamentalidade dos direitos sociais**. 2013. 17 f. Artigo Científico (V Encontro de Iniciação Científica) – Faculdade 7 de Setembro, Fortaleza, 2013. Disponível em < http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/afundamentalidadedossdireitossociais.pdf >. Acesso setembro de 2014.
- MANACORDA, Mario Alighiero. **História da educação**. São Paulo: Cortez, 2004.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de Sociologia do Direito**. ed. 2ª. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. ed. 27ª. São Paulo: Atlas, 2011.
- NEVES, Lúcia Maria Wanderley. **Educação e política no Brasil de hoje**. Coleção questões da nossa época, v. 36. São Paulo: Cortez, 1994.
- NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. ed. 3ª. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Romualdo Portela de. **O direito à educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de justiça**. Revista Brasileira de Educação, n. 11, p. 61-74, mai./jun./jul./ago. 1999. Disponível em < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30315-31270->

[1-PB.pdf](#)>. Acesso outubro de 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. ed 12ª. São Paulo: Método, 2014.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. **Direitos fundamentais: Direitos de todos? O dever ético constitucional e a reserva do possível**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 10, p. 259-294, jul./dez. 2007. Disponível em < http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-259-Joao_Carlos_Navarro_de_Almeida_Prado.pdf >. Acesso outubro de 2014.

SANTOS, Adelcio Machado dos. **Políticas educacionais no Brasil**. Professare, v. 01, n. 01, p. 6-16, 2012. Disponível em < <http://www.uniarp.edu.br/periodicos/index.php/professare/article/view/11> >. Acesso outubro de 2014.

SAVELI, Esméria de Lourdes; TENREIRO, Maria Odete Vieira. **A educação enquanto direito social: aspectos históricos e constitucionais**. Revista Teoria e Prática da Educação, v. 5, n. 2, p. 51-57, maio/ago. 2012. Disponível em < <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/TeorPratEduc/article/view/20186> >. Acesso outubro de 2014.

SAVIANI, Dermeval. **Política e educação no Brasil: o papel do Congresso Nacional na legislação do ensino**. ed 5ª. revista. Campinas: Autores Associados, 2002.

SAVIANI, Dermeval. **Política educacional brasileira: limites e perspectivas**. Revista de Educação PUC – Campinas, n. 24, p. 7-14, jun. 2008. Disponível em < <http://periodicos.puc-campinas.edu.br/seer/index.php/reeducacao/article/view/108> >. Acesso outubro de 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso outubro de 2014.

TAGLIAVINI, João Virgílio. **Do direito à educação ao direito educacional**. Revista Científica do Curso de Direito do CEAP, v. 01, n. 01, p. 01-23, 2011. Disponível em < <http://www.ceap.br/ojs/index.php/RDC/article/view/8> >. Acesso outubro de 2014.

TEIXEIRA, Maria Cristina. **O direito à educação nas constituições brasileiras**. Em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/464/460> (acesso 04/jun./2015).

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2010.

PALESTRA UNIVERSIDADE CARLOS III, 2003, Madri, Espanha. **Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil**. Disponível em < http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf >. Acesso setembro de 2014.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Evolução Social dos Direitos Humanos**. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/18281/evolucao-social-dos-direitos-humanos/1> >. Acesso outubro de 2014.

Referências eletrônicas

[http://www.uffs.edu.br/~forgradsul/files/Joao%20Zanardini%20 UNIOESTE %20 %20Plano%20Nacional%20de%20Educacao%20 %20PNE%202011_2020.pdf](http://www.uffs.edu.br/~forgradsul/files/Joao%20Zanardini%20UNIOESTE%20%20Plano%20Nacional%20de%20Educacao%20%20PNE%202011_2020.pdf) (acesso 04/jun./2015).

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2015-05/documento-patria-educadora-nao-tem-pne-como-base-dizem-especialistas> (acesso 04/jun./2015).

A INTERPOSTA PESSOA NA SOCIEDADE LIMITADA E A SUJEIÇÃO PASSIVA TRIBUTÁRIA

Paulo Sérgio Lopes Gaspar¹

Sérgio Augusto Nogueira²

RESUMO: A sociedade empresária de responsabilidade limitada consiste em uma pessoa dotada de personalidade jurídica que fomenta o empreendedorismo e contribui decisivamente ao desenvolvimento do País. Diversas normas jurídicas – empresariais, civis, tributárias etc. – conformam um regime jurídico protetivo que impede a responsabilização dos sócios, administradores, prepostos e empregados pelas dívidas da sociedade limitada. Todavia, esse importante tipo societário tem sido comumente utilizado para a prática de evasão fiscal, mediante artifício da simulação do quadro societário. Para coibir tal prática, a autoridade administrativa deverá promover a escoreita identificação do sujeito passivo, desconsiderando a pessoa simulada, para responsabilizar a pessoa dissimulada, verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária. Não se trata tal procedimento da episódica desconsideração da personalidade jurídica, nem de normas de responsabilidade tributária, mas da desconsideração dos efeitos do ato constitutivo da sociedade empresária para fins de capacidade tributária passiva, norma esta construída a partir do dispositivo enunciado no parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, doutrinariamente denominado "cláusula antielisiva". Promovendo-se a subsunção dos fatos à norma da desconsideração de atos ou negócios jurídicos, a autoridade administrativa irá declarar a nulidade da sociedade empresária simulada para fins de composição subjetiva da relação jurídico-tributária, procedendo posteriormente ao lançamento tributário de modo a identificar o sujeito que pretendia manter-se dissimulado (pessoa natural, sociedade em comum, ou outra sociedade empresária). A "cláusula antielisiva" não desconsidera a personalidade jurídica, mas a própria pessoa, que não praticou os fatos jurídicos tributários, posto tratar-se de mero simulacro. Complementarmente, normas de responsabilidade tributária poderão incluir no polo passivo da relação jurídico-tributária outros sujeitos de direito, tais como administradores, sócios, prepostos, empregados, "presta-nomes" e "testas-de-ferro". A desconsideração da personalidade jurídica poderá ser utilizada em matéria tributária, mas incidindo apenas na norma secundária ou adjetiva, redirecionando a execução fiscal no caso de abuso da personalidade jurídica ocorrido após a constituição do crédito tributário, quando intentar-se, mediante desvio da finalidade ou confusão patrimonial, a dilapidação patrimonial para frustrar a satisfação do crédito tributário.

PALAVRAS-CHAVE: Sujeição passiva. Interposta pessoa. Sociedade empresária. Desconsideração da personalidade jurídica. Responsabilidade Tributária. Cláusula antielisiva.

¹Julgador Tributário do Estado de São Paulo. Professor de Planejamento Tributário da FAECA – Dom Bosco de Monte Aprazível. Coordenador da Graduação e da Pós Graduação da FAECA Dom Bosco. Professor convidado da pós-graduação em Planejamento Tributário do SENAC-SP e da Faculdade Reges de Dracena-SP. Professor de graduação na FAECA das seguintes disciplinas: Contabilidade Geral, Contabilidade Pública, Perícia Contábil, Contabilidade Gerencial e Contabilidade para Administradores. Bacharel em Ciências Contábeis. Especialista em Controladoria Governamental pela PUC – SP.

²Agente Fiscal de Rendas do Estado de São Paulo. Professor de Legislação Tributária das Faculdades Integradas Dom Pedro II e professor convidado da pós-graduação em Planejamento Tributário, Finanças, Controladoria e Auditoria da FAECA - Dom Bosco. Bacharel em Direito. Especialista em Direito Constitucional pelas Faculdades Damásio de Jesus. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Especialista e maestro em Hacienda Pública, Dirección y Administración Tributaria pelo Instituto de Estudios Fiscales, vinculado ao Governo Federal da Espanha.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir a correta determinação da sujeição passiva tributária quando a Fazenda Pública reúne elementos que comprovam a existência - mediante dolo, fraude ou simulação - de interpostas pessoas no quadro societário de sociedades empresárias de responsabilidade limitada.

A relevância dessa discussão baseia-se no fato de que a interposição de pessoas no quadro societário tem se constituído em instrumento frequentemente utilizado para a prática de ilícitos tributários, objetivando dificultar o trabalho das autoridades incumbidas da identificação dos verdadeiros contribuintes e responsáveis pelas obrigações tributárias, os quais intentam se safar delas ocultando-se por detrás do véu da personalidade jurídica e da fileira de sócios interpostos. Desse modo, trata-se a simulação do quadro societário de um tema extremamente atual e que não interessa apenas ao Poder Público, mas também aos profissionais da área jurídica, contábil e ao mundo corporativo (capitaneado por sócios e administradores de sociedades empresárias).

Como objeto deste estudo e com vistas ao objetivo proposto, selecionou-se um subconjunto normas veiculadoras da sujeição passiva tributária e da personalidade jurídica, inseridas no conjunto das normas que compõem o direito positivo brasileiro.

No curso deste artigo serão abordados os principais aspectos relacionados à formação da sociedade empresária de responsabilidade limitada, conceituando-se os institutos jurídicos “empresa”, “empresário”, “sociedade empresária”, “personalidade jurídica” e “responsabilidade limitada”. Também será apresentado o ciclo de positivação das normas que resultam na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, tomando-se como ponto de partida as normas de estrutura definidas pela Constituição Federal.

Por fim, pressupondo-se comprovada a simulação do quadro societário de sociedades empresárias de responsabilidade limitada, será promovida a análise da sujeição passiva tributária, diante de alternativas de subsunção da aludida situação fática a normas de: (i) descon sideração episódica da personalidade jurídica; (ii) responsabilidade tributária (iii) descon sideração do ato ou negócio jurídico relativo ao contrato social e ao registro do contrato social no órgão competente.

2. A INTERPOSTA PESSOA E A SUJEIÇÃO PASSIVA

Considerando que este estudo objetiva a determinação da sujeição passiva tributária na hipótese de interposição do quadro societário de sociedades empresárias de responsabilidade limitada, passa-se ao estudo dos sujeitos de direito que podem, em tese, ocupar tal condição.

2.1. A sociedade empresária de responsabilidade limitada

A Constituição Federal de 1988 consagra a propriedade privada e a livre iniciativa³, conferindo aos

³Artigo 5º, Caput e inciso XXII e Artigo 170, Caput, inciso II e parágrafo único da Constituição Federal.

particulares uma ampla liberdade para a celebração de negócios jurídicos relacionados ao exercício de atividades econômicas; por sua vez, no campo da autonomia das vontades, a lei faculta à iniciativa privada a escolha da forma jurídica sob a qual irá exercer a titularidade de direitos e obrigações⁴. E, a depender da forma eleita, aplica-se - aos atos e aos negócios jurídicos que celebrar - distinto conjunto de normas, irradiando-se específico plexo de efeitos a todos os subdomínios do direito positivo (empresarial, tributário, civil, etc.).

Objeto do presente estudo, a sociedade empresária de responsabilidade limitada é a forma jurídica mais amplamente adotada para o exercício da atividade empresarial no País. Para a sua correta compreensão, torna-se necessário estabelecer os conceitos de "empresa", "empresário"⁵, "sociedade empresária", "personalidade jurídica" e "responsabilidade limitada".

Adota-se aqui o conceito “empresa” para qualificar atividade exercida, o objeto de direito juridicamente titularizado pelo sujeito de direito “empresário”, o qual, por seu turno, pode ser uma pessoa natural, uma sociedade empresária, ou mesmo um sujeito de direito despersonalizado, partindo-se da premissa de que os sujeitos de direito (pessoas em sentido amplo) podem ser personalizados (pessoas em sentido estrito) ou despersonalizados.

Nessa esteira, trata-se a personalidade jurídica – aptidão genérica para adquirir direitos e obrigações - de um atributo do sujeito de direito, com ele não se confundindo, de maneira que certos entes despersonalizados podem titularizar, por expressa disposição legal, um conjunto restrito de relações jurídicas, como ocorre, por exemplo, com o espólio, a massa falida, e a sociedade em comum, detentores de capacidade tributária passiva.

Relativamente à "sociedade empresária", o Código Civil estabelece que celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados⁶.

Neste ponto, cumpre abordar os elementos essenciais do contrato social, quais sejam: “*affectio societatis*”, capacidade para ser sócio, objeto social lícito, forma prescrita em lei ou não defesa em lei e capital social.

Na gênese da sociedade empresária de pessoas identifica-se a “*affectio societatis*”, que consiste na livre e manifesta intenção dos sócios no sentido de desenvolverem atividades empresariais com intuito lucrativo, ligados por laços de confiança e colaboração mútuos.

Por sua vez, a licidade do objeto social é um elemento imprescindível, essencial, que encontra fundamento jurídico na Constituição Federal e no Código Civil⁷. Já no que concerne à forma prescrita em lei, o Código Civil elenca um rol de tipos societários, a saber: (i) *personalizados*: sociedade simples, sociedade cooperativa, sociedade em nome coletivo, sociedade comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima (ii) *não personalizados*: sociedade em comum, sociedade em conta de participação e sociedade comandita por ações.

Por fim, o capital social é uma das exigências legais à instituição da sociedade empresária⁸,

⁴Artigo 983 da lei 10.406/02.

⁵Artigo 966 da lei 10.406/02.

⁶Artigo 981 da lei 10.406/02.

⁷Artigo 5º, inciso XVII da Constituição Federal e artigo 104, inciso II da lei 10.406/02.

⁸Artigo 997, inciso II da lei 10.406/02.

configurando-se como impossibilidade lógico-jurídica conceber-se uma sociedade empresária desprovida de capital social.

Lançadas tais bases, conceitua-se a sociedade empresária como sujeito de direito, dotado ou não de personalidade jurídica, constituído através de ato formal, que objetiva o lucro através do exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Quadra ressaltar que uma sociedade empresária pressupõe a reunião de recursos de duas ou mais pessoas, dando ensejo à criação de uma pessoa juridicamente distinta das que a originaram. É fato que a autonomia patrimonial societária exsurge a partir da inscrição de seus atos constitutivos no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede⁹, sendo obrigatória tal inscrição antes do início da atividade empresarial¹⁰.

Contudo, a precípua conseqüência da personalidade jurídica é a capacidade conferida à sociedade empresária para integrar o critério pessoal das relações jurídicas. A personalidade jurídica não pode ser confundida com a responsabilidade limitada, a qual se constitui em norma atributo que determina, como regra, a incomunicabilidade entre o patrimônio dos sócios e da sociedade empresária, relativamente às obrigações societárias contraídas.

Portanto, em situações normais, a sociedade empresária de responsabilidade limitada que praticar fatos jurídicos tributários integrará o polo passivo da relação jurídica, sem que seus sócios também sejam responsabilizados pela obrigação tributária, uma vez que a administração pública deverá respeitar os efeitos produzidos pela norma validamente enunciada no contrato social levado ao registro competente.

2.2. A sociedade em comum

O Código Civil brasileiro contempla como o tipo de sociedade empresária não personificada¹¹: a “sociedade em comum”, cujos atos constitutivos não foram inscritos no órgão competente. Os bens e as dívidas dessa sociedade constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum¹² e todos os seus integrantes respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais¹³, não havendo falar-se propriamente em autonomia patrimonial. Ademais, mesmo ante a inexistência do contrato social, terceiros – dentre os quais a administração tributária – podem, utilizando-se de quaisquer meios de prova admissíveis pelo ordenamento jurídico, caracterizar a existência da sociedade em comum, a fim de que incidam sobre a mesma (e seus sócios) as normas de responsabilidade previstas pelo Código Civil e pela legislação tributária.

Em síntese, conceitua-se a sociedade em comum¹⁴ como um sujeito de direito despersonalizado, constituindo-se seus bens e dívidas sociais um patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum, respondendo tais sócios – ainda - solidária e ilimitadamente pelas obrigações societárias. Nesse sentido, a sociedade em comum é sujeito de direito cuja existência caracteriza, no plano das normas regem a organização empresarial, um desvalor sancionado pela responsabilização pessoal e ilimitada dos sócios,

⁹ Artigo 45 da lei 10.406/02.

¹⁰ Artigo 967 da lei 10.406/02.

¹¹ Artigo 990 da lei 10.406/02.

¹² Artigo 986 e seguintes da lei 10.406/02.

¹³ Artigo 990 da lei 10.406/02.

¹⁴ Artigos 986 a 990 da lei 10.406/02.

bem como por outras sanções fiscais e administrativas.

2.3. A interposta pessoa no quadro societário

A sociedade empresária de responsabilidade limitada é uma forma jurídica que, regularmente constituída, serve de estímulo ao empreendedorismo e contribui - no plano fático - para o desenvolvimento da atividade empresarial, à medida que permite a proteção do patrimônio pessoal dos sócios ante os riscos inerentes a tal atividade.

Os valores constitucionais jungidos às sociedades empresárias podem ser divisados em duas vertentes: (i) a proteção à propriedade e à livre iniciativa; (ii) a função social da empresa (geração de empregos e renda, recolhimento de tributos, desenvolvimento tecnológico, produção de bens e serviços à coletividade, respeito ao meio-ambiente e ao consumidor, etc.).

Consequentemente, diversas normas jurídicas - empresariais, civis, tributárias, consumeristas, processuais, etc. - conformam o regime jurídico da sociedade empresária de responsabilidade limitada, impedindo que os sócios (e os administradores, prepostos, empregados) sejam responsabilizados pelas dívidas societárias quando no exercício regular da atividade empresarial. Tal regime protetivo é um valor inerente à segurança jurídica do entorno empresarial que impõe rigorosos limites à atuação da administração tributária.

Contudo, as sociedades limitadas têm sido utilizadas como instrumento à prática de ilícitos tributários, mediante simulação de seu quadro societário, situações nas quais, evidentemente, assiste à Fazenda Pública o legítimo poder-dever de exigir o cumprimento das obrigações diretamente dos responsáveis pelos fatos: os sujeitos dissimulados.

Com efeito, a simulação consiste em falsear uma manifestação de vontade, objetivando conferir aparência enganosa a determinado ato ou negócio jurídico, o qual poderá ter declarada sua nulidade por norma individual e concreta inserida no sistema por autoridade competente. Acerca da simulação, Gonçalves (2013) leciona:

Trata-se, na realidade, de **vício social**. A *causa simulandi* tem as mais diversas procedências e finalidades. Ora visa **burlar a lei**, especialmente a de ordem pública, ora **fraudar o Fisco**, ora **prejudicar a credores**, ora até guardar em reserva determinado negócio. A multifária gama de situações que pode abranger e seus nefastos efeitos levaram o legislador a deslocar a simulação do capítulo concernente aos defeitos do negócio jurídico para o da invalidade, como causa de **nulidade**.¹⁵

O Código Civil estabelece que haverá simulação nos negócios jurídicos quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem, ou ainda quando contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira¹⁶. Expressamente, portanto, esse dispositivo legal estabelece a hipótese da simulação subjetiva, na qual se pretende que os sujeitos da relação jurídica sejam diversos dos sujeitos - em verdade - envolvidos no ato ou

¹⁵Direito Civil I Esquematizado, 3. ed., Saraiva, p.370.

¹⁶Artigo 167, parágrafo primeiro, incisos I e II da lei 10.406/02.

negócio jurídico.

Vale mencionar que simulação e dissimulação têm natureza jurídica complementar, representando as facetas da mesma fraude: a simulação introduz enunciados que denotam intencionalmente a aparência de uma situação fática inexistente, objetivando a dissimulação de outra situação existente, mas que se pretende não seja vertida em linguagem competente.

Com efeito, a interposição de pessoas no quadro societário consiste no artifício de simular uma sociedade empresária, quando não estão presentes na gênese contratual o “*affectio societatis*”, posto que os integrantes interpostos da “sociedade” não possuem a vontade livre e consciente de desenvolverem a atividade empresarial, não administram a sociedade empresária, não são os verdadeiros titulares do patrimônio, compondo o quadro societário apenas figurativamente. Assim, o contrato social simulado é maliciosamente levado ao registro para criar um fato jurídico dissociado da situação fática que lhe serve de suporte. Pretende-se que a pessoa jurídica originária desse ato assuma o polo passivo de relações jurídicas no lugar de outrem que deseja se esquivar de tais obrigações.

O Código Civil preceitua a nulidade do negócio jurídico simulado, ressaltando a validade do negócio jurídico dissimulado, se este for válido na substância e na forma¹⁷. Portanto, o vício da simulação fulmina o consequente da norma geral e concreta, nulificando a sociedade empresária decorrente. Contudo, tendo em vista que as normas jurídicas somente adquirem ou perdem a validade através do ato enunciativo de uma autoridade competente, torna-se relevante definir a autoridade competente para nulificar a sociedade empresária interposta, bem como as normas e procedimentos aplicáveis à espécie. Salta aos olhos, desde já, que a simulação do quadro societário não atinge a personalidade jurídica, mas a própria sociedade (pessoa), a qual é considerada simulacro.

A simulação do quadro societário pode ser classificada em: (i) direta: integram o quadro societário pessoas naturais interpostas; (ii) indireta: integram o quadro societário outras pessoas jurídicas com interposição do quadro societário; (i) inicial: desde o registro do contrato social o quadro societário já se apresenta simulado; (ii) ulterior: a interposição ocorre após o início das atividades empresariais; (i) total: todo o quadro societário apresenta-se simulado; (ii) parcial: alguns sócios são simulados e outros não.

Por sua vez, as pessoas interpostas podem ser classificadas em:

a) “Fictícias”: as “pessoas naturais” que integram o quadro societário nunca existiram ou estão mortas;

b) “Laranjas”: trata-se da clássica pessoa interposta. Sujeitos ingênuos são aliciados para integrar o quadro societário sem compreenderem minimamente as consequências de tal ato. A analogia com o fruto cítrico provavelmente é alusiva ao modo como a pessoa natural do “laranja” é utilizada à exaustão pela organização criminosa, até que os ilícitos praticados despertem a atenção das autoridades numa fase em que reste apenas um “bagaço” que não tem mais utilidade e pode ser facilmente descartado. Há casos em que o indivíduo imagina estar sendo contratado como trabalhador para o exercício de uma humilde função na empresa quando, na verdade, está assinando documentos que o tornam sócio da sociedade limitada. Em outras situações, pessoas têm seus documentos furtados e a organização criminosa falsifica assinaturas para que tais pessoas se tornem integrantes do quadro societário;

¹⁷ Artigo 167 da lei 10.406/02.

c) "Presta-nomes (ou empresta-nomes)": sua participação na fraude é intermediária, uma vez que aceitam livremente integrar o quadro societário, motivados por recompensa financeira, sentimento pessoal ou mesmo parentesco. Em regra, auferem pequenas vantagens e desconhecem os meandros e as consequências jurídicas da fraude, mas têm consciência de integrar simuladamente o quadro societário;

d) "Testas-de-ferro": componentes do núcleo central da organização criminosa, assim denominados em razão de exercerem (ou fingirem o exercício de) alguns poderes de administração, figurando simuladamente à frente dos negócios como sócios e administradores, de modo a dissimular outros administradores ou empresários.

Consoante tal classificação, as pessoas "fictícias" e os "laranjas" não podem ser responsabilizados pelos ilícitos praticados. Já os "presta-nomes" e os "testas-de-ferro", devem responder pelos tributos devidos na condição de responsáveis tributários, à medida que concorreram conscientemente para a fraude.

3. O CICLO DE POSITIVAÇÃO DAS NORMAS DE SUJEIÇÃO PASSIVA

Considerando que este trabalho tem por objeto a sujeição passiva tributária, far-se-á a breve análise do ciclo de positivação das normas afeitas a tal instituto jurídico, ressaltando-se que a correta identificação do sujeito passivo tributário resguarda não apenas os interesses da administração, mas também o interesse público, pois comumente tais fraudes afetam terceiros, como empregados, clientes, fornecedores e concorrentes de tais sociedades interpostas.

3.1. A competência tributária

As normas da Constituição Federal atribuem competência tributária aos entes federativos, impondo, contudo, limitações ao aludido poder de tributar, quais sejam: os princípios constitucionais, as imunidades tributárias. Embora a Constituição não defina os sujeitos passivos, tanto a competência tributária, quanto as limitações constitucionais ao poder de tributar estabelecem condições ao processo de enunciação de normas instituidoras de tributos no que diz respeito à sujeição passiva tributária.

3.2. As leis complementares em matéria tributária

A Constituição remeteu à Lei Complementar federal estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária acerca da sujeição passiva tributária. Cumprindo tal desiderato, o Código Tributário Nacional classifica o sujeito passivo da obrigação principal como (i) *contribuinte*: aquele que possui uma relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; (ii) *responsável*: aquele que, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.¹⁸

¹⁸ Artigo 121, parágrafo único da lei 5.172/66.

3.3. As leis instituidoras de tributos

Interpretando as normas constitucionais de estrutura que versam sobre a competência tributária e procedendo conforme o devido processo legislativo, os entes tributantes elaboraram leis tributárias. Tais leis instituidoras de tributos devem descrever precisamente todos os critérios da regra matriz de incidência, dentre os quais o critério pessoal.

3.4. O lançamento tributário

O Código Tributário Nacional estabelece a competência privativa e vinculada da autoridade administrativa para constituir o crédito tributário, preceituando a obrigatoriedade de se identificar o sujeito passivo da obrigação tributária através do lançamento.¹⁹

Eis que a autoridade administrativa, ao interpretar os enunciados prescritivos da lei e a situação fática acerca da qual foi possível verter em linguagem competente as provas da perfeita subsunção fático-normativa, promoverá a inserção no sistema de uma norma individual e concreta, estruturada nos moldes da regra matriz de incidência tributária: o lançamento tributário de ofício, veículo introdutor de uma obrigação que vinculará o sujeito passivo ao cumprimento à fazenda pública de uma prestação de natureza exacional.

Como a realidade física jamais será tangenciada pelo mundo da linguagem, a ocorrência dos eventos necessita ser relatada na linguagem competente - a das provas - para serem considerados fatos jurídicos. Assim, como referencial linguístico, nenhuma prova será cabal, incontroversa, mas o conjunto probatório deverá ser persuasivo acerca da ocorrência fática do evento, ressaltada a dialeticidade inerente aos processos administrativo e judicial, em respeito aos preceitos constitucionais relativos ao contraditório, da ampla defesa²⁰, e à vedação da utilização de provas obtidas por meios ilícitos.

3.5. A extinção do crédito tributário

Resignado com a obrigação constituída, o sujeito passivo poderá inserir no sistema norma individual e concreta extintiva do crédito tributário, apresentando documento comprobatório do pagamento integral do tributo²¹; irressignado, contudo, poderá impugnar administrativamente o lançamento de ofício, fulcrando as razões de seu inconformismo nas provas dos fatos, na norma ou na subsunção dos fatos à norma.

3.6. A cobrança judicial do crédito tributário

Encerada a fase administrativa recursal e de cobrança, sem que a obrigação tenha sido cumprida, a administração pública deverá inscrever o débito na dívida ativa, criando um título executivo extrajudicial e, tomando-o por base, promoverá a execução fiscal, exercendo seu direito de ação para concretizar a coercitividade jurídica e obter a prestação inadimplida.

¹⁹ Artigo 142 da lei 5.172/66.

²⁰ Artigo 5º, incisos LV e LVI da Constituição Federal.

²¹ Artigo 156, inciso I da lei 5.172/66.

Com efeito, o Código de Processo Civil preceitua que os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei²². Sendo assim, os sócios não podem ser inscritos em dívida ativa e figurarem no polo passivo da relação processual, sem que tenham sido devidamente identificados no lançamento.

Por seu turno, a lei preceitua que a execução fiscal poderá ser promovida contra o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado, enunciando também que à Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial.²³

4. A DETERMINAÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA

Este item é dedicado à análise da sujeição passiva da relação jurídico-tributária quando comprovada a interposição de pessoas no quadro societário de sociedades empresárias de responsabilidade limitada, discutindo-se a incidência – nesse caso - de normas de desconsideração da personalidade jurídica, de responsabilidade tributária e de desconstituição do ato ou negócio jurídico relativo ao contrato social.

4.1. A desconsideração da personalidade jurídica

Consoante anteriormente exposto, diversas normas jurídicas compõem um regime protetivo que confere segurança jurídica ao empreendedorismo, impondo limites à responsabilização dos sócios relativamente às obrigações contraídas por sociedade empresária regularmente constituída. As normas que delineiam a personalidade jurídica expressam, nesse contexto, institutos basilares ao exercício das atividades empresariais.

Contudo, historicamente a personalidade jurídica vem sofrendo gradual relativização, sobretudo em razão dos abusos praticados sob o manto de tal instituto, especialmente os afrontosos à função social da empresa. Dessa forma, a desconsideração da personalidade jurídica tem sido utilizada em diversos países com esse desiderato. No direito americano e inglês é denominada *disregard of legal entity, lifting the corporate veil* ou *disregard of corporate entity*; no direito argentino, é conhecida como *teoría de la penetración de la personalidad*; no direito italiano, apresentada como *superamento della personalità giuridica*; já no direito francês, é chamada de *mise à l'écart de la personnalité morale*.

A desconsideração da personalidade jurídica ou levantamento do véu societário é uma norma sancionatória que apresenta em seu antecedente o abuso da personalidade jurídica e no seu consequente a responsabilidade patrimonial dos administradores ou sócios relativamente a certas obrigações contraídas pela pessoa jurídica. A incidência da norma da desconsideração afasta episodicamente a incidência da norma da personalidade jurídica, de modo a permitir que os administradores ou sócios figurem legitimamente no polo passivo de certas obrigações, restando incólume a incidência da norma da personalidade jurídica em todos os demais atos ou negócios praticados pela pessoa jurídica. Torres

²² Artigo 567 da Lei 5.869/73.

²³ Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária, 1.ed., Quartier-Latin, p. 47.

(2005), tecendo considerações acerca da natureza episódica da desconconsideração e nulidade da sociedade interposta, assevera:

O instituto da desconconsideração não tem qualquer vínculo com o conceito de nulidade, até porque ela só se aplica onde não seja possível alegar a nulidade ou anulabilidade do ato ou do negócio jurídico.

A simulação, assim como a fraude à lei, operada na fase de constituição da sociedade, ensejam casos de nulidade da própria sociedade e sua decretação corresponderá à própria extinção da pessoa jurídica, em prejuízo da sua conservação, que é pressuposto da desconconsideração.²⁴

Desperta grande controvérsia a aplicabilidade da desconconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária no Brasil. Contudo, a partir da análise da norma insculpida no Código Civil Brasileiro²⁵, constata-se que a incidência da norma de desconconsideração apresenta como pressupostos: (i) uma relação obrigacional constituída em face da pessoa jurídica e inadimplida; (ii) o inadimplemento obrigacional esteja relacionado a ato ilícito (desvio de finalidade ou confusão patrimonial) praticado por sócio ou administrador de sociedade personalizada; (iii) a norma da desconconsideração seja enunciada por autoridade judiciária, no curso de processo judicial; (iv) a desconconsideração seja episódica, aplicável a casos em que não se configure nulidade na constituição da personalidade jurídica.

Assim, não é possível admitir-se que a desconconsideração da personalidade jurídica seja norma incidente nos casos de interposição do quadro societário e possua aptidão para possibilitar a identificação do sujeito passivo da relação jurídico tributária, uma vez que, nessa situação fática simulatória: (i) a relação jurídica obrigacional sequer foi constituída; (ii) a sociedade simulada é nula, não possuindo administradores, nem sócios, nem patrimônio, nem finalidade; (iii) a norma que identifica o sujeito passivo é enunciada por autoridade administrativa, através do procedimento administrativo de lançamento tributário; (iv) nenhuma materialidade descrita no enunciado factual normativo poderá ser atribuída à sociedade simulada, a qual - também - jamais poderá ser sujeito do enunciado prescricional.

Em síntese, embora não haja qualquer óbice à norma da desconconsideração da personalidade jurídica disposta no Código Civil, especialmente no caso em que atos negócios jurídicos sejam realizados para solapar as garantias do crédito tributário, tal instituto não é aplicável para a determinação da sujeição passiva tributária, no caso de simulação do quadro societário de sociedades empresárias de responsabilidade limitada.

4.2. A responsabilidade tributária

A norma de responsabilidade tributária incide quando o sujeito passivo não praticou o fato jurídico tributário definido no critério material do antecedente normativo, mas figura no consequente normativo, por expressa disposição da lei.

Considerando que a sociedade empresária de responsabilidade limitada composta por interpostas pessoas deve ser afastada do polo passivo da relação jurídico-tributária em razão de sua nulidade, discute-

²⁴ Artigo 50 da lei 10.406/02.

se os interponentes, quando identificados, devem figurar na referida relação como contribuintes ou como responsáveis tributários, neste último caso mediante a incidência de uma norma primária sancionadora. Salta aos olhos, contudo, que os interponentes (pessoas naturais, sociedades em comum ou sociedades empresárias de responsabilidade limitada), mesmo de modo dissimulado, praticam a materialidade descrita no enunciado factual da norma, razão pela qual resta inexoravelmente caracterizada a sua condição de contribuintes e não de responsáveis.

Portanto, não há a perspectiva de incidência de uma norma de responsabilidade tributária relativamente à condição de sujeição passiva do interponente, tendo em vista que, ainda que de modo dissimulado, são eles os verdadeiros empresários – sujeitos de direito – que praticam a materialidade prevista no antecedente da norma tributária.

Analisando a sujeição passiva nesses casos de interposição, verifica-se que os mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de empresas interponentes (que comprovadamente concorrerem para a interposição do quadro societário, bem como para demais práticas ilícitas conexas) também deverão integrar o polo passivo da relação jurídica, aí sim na condição de responsáveis tributários²⁶. Destaque-se que os "presta-nomes", os "testas-de-ferro" figurantes da sociedade interposta e outros envolvidos nas fraudes relacionadas também deverão figurar no polo passivo da relação jurídico-tributária,. Por sua vez, os "laranjas" não podem ser responsabilizados pelos ilícitos praticados, em razão da ausência de dolo que caracteriza a sua participação.

4.3. A desconsideração de atos ou negócios jurídicos

A doutrina comumente se refere à norma erigida a partir do enunciado do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional como "cláusula antielisiva", a qual confere à autoridade administrativa o poder de desconsiderar de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária²⁷, elementos dentre os quais se insere, indubitavelmente, a sujeição passiva. Trata-se de importante instrumento para que a administração tributária possa - dentre outras aplicações - reprimir a interposição de pessoas no quadro societário de sociedades empresárias, desde o faça, obviamente, em estrita observância aos procedimentos estabelecidos em lei ordinária, de modo a consagrar a segurança jurídica decorrente dos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Importantes doutrinadores consideram que essa norma representa a possibilidade de a administração pública promover a desconsideração ou superação da personalidade jurídica para fins de caracterização dos elementos estruturais da Regra Matriz de Incidência Tributária. Entretanto, a desconsideração de atos ou negócios jurídicos promovida pelo Fisco é uma norma a incidir em momento anterior ao lançamento tributário, servindo para afastar os efeitos jurídicos de práticas que objetivam dissimular os elementos estruturais da relação jurídico-tributária, dentre os quais a sujeição passiva. Diversamente, a norma de desconsideração da personalidade jurídica requer uma obrigação tributária inadimplida, incidindo, portanto, após a constituição do crédito tributário, razão pela qual poderá

²⁶ Artigos 135, incisos II e III, e artigo 124 da lei 5.172/66.

²⁷ Artigo 116, parágrafo único, da lei 5.172/66.

eventualmente interferir no critério subjetivo da norma secundária (adjetiva), mas jamais incidirá em momento anterior à norma individual e concreta primária que determina o sujeito passivo da relação jurídico tributária. Ademais, a clássica desconsideração da personalidade jurídica é matéria submetida a reserva de jurisdição, sendo competente para a sua enunciação exclusivamente a autoridade judicial, no curso de processo dessa natureza.

Importante instrumento para coibir dissimulações, a "cláusula antielisiva" é uma norma sancionadora que estabelece em seu antecedente uma situação fática a infirmar a veracidade das pessoas naturais integrantes do contrato social, e no consequente a desconsideração da norma jurídica inserida a partir dos enunciados do contrato social, ainda que este levado a registro no órgão competente.

Portanto, tal proceder não consubstancia a desconsideração da personalidade jurídica (como instituto jurídico episódico), mas a desconsideração da própria pessoa enunciada no contrato social, relativamente à qualidade de figurar no polo passivo de relações jurídico-tributárias. Em outras palavras, a sociedade empresária constituída de sócios interpostos jamais poderá ser o sujeito a praticar a materialidade do enunciado prescricional e tampouco poderá compor o subjetivamente o enunciado relacional.

Argumenta-se apropriadamente que, durante a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, a autoridade administrativa não deve se restringir à forma contratual apresentada em situações em que as provas infirmam os enunciados do contrato social. Nessa linha, registre-se a irretocável lição de Torres (2005):

Sempre que se usa de interposição fictícia de pessoas, o que se tem em mira é atribuir ao interposto a fictícia titularidade da capacidade contributiva, quando na realidade a obtenção de riqueza é auferida pelo interponente. (...) A tributação deve alcançar situações reais e objetivas, independentemente da forma atribuída, de tal modo que a capacidade contributiva revelada decorra da situação efetiva dos contribuintes, excluindo-se qualquer relevância à representação exterior.²⁸

Não se trata de faculdade, mas dever de ofício da autoridade administrativa inserir no sistema jurídico a norma individual e concreta do lançamento tributário, identificando precisamente o critério pessoal da obrigação tributária, especialmente quando restar comprovado que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação²⁹. Nessa linha, depreende-se que a norma que tem por veículo introdutor o disposto no artigo 116 do Código Tributário Nacional é perfeitamente adequada para afastar os efeitos tributários da simulação do quadro societário de sociedades empresárias limitadas e permitir a ulterior identificação do sujeito passivo de maneira correta. Assim, a administração fazendária, ao declarar a nulidade do sujeito de direito para fins de sujeição passiva, aplica apenas sanção de cunho administrativo, já que a dissolução da sociedade empresária e a desconsideração da personalidade jurídica somente podem ser promovida pela via judicial.

Em síntese, fazendo subsunção dos fatos à norma da desconsideração de atos ou negócios jurídicos, a autoridade administrativa irá declarar a nulidade da sociedade empresária simulada para fins de composição subjetiva da relação jurídico-tributária, procedendo posteriormente ao lançamento

²⁸ Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária, 1.ed., Quartier-Latin, p. 28.

²⁹ Artigo 149, inciso VII, da lei 5.172/66.

tributário de modo a afastar a sociedade empresária interposta e identificar corretamente o sujeito que pretendia manter-se dissimulado (que poderá ser pessoa natural, sociedade em comum, ou mesmo outra sociedade empresária).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de Bens dos Sócios**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013

_____; Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 17 de agosto de 2015.

_____; Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 17 de agosto de 2015.

_____; Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 17 de agosto de 2015.

_____; Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. **Lei de Execução Fiscal**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 17 de agosto de 2015.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico**. 2. ed., São Paulo: Noeses, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. Vol. 2. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAGUT, Maria Rita; NEDER, Marcos Vinícius et al. **Responsabilidade Tributária**. 1. ed., São Paulo: Dialética, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1 Esquematizado**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso Direito Constitucional**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007

TEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe et al. **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. 1. ed., São Paulo: Quartier-Latin, 2005.

MEDIAÇÃO: SOLUÇÃO OU ILUSÃO?**Caricielli Maisa Longo¹****Marcelo Pereira Longo²****RESUMO.**

Muito se tem discutido sobre a viabilidade ou inviabilidade da mediação como método de resolução de conflitos, e diversas são as opiniões quanto aos resultados. O estudo tem com escopo analisar, sem a pretensão de esgotar o tema, se a mediação como instrumento alternativo é ou não mecanismo eficaz de acesso à justiça.

A partir da exposição do tema proposto, eis o problema que se impõe: pesquisar brevemente sobre a cultura do litígio em nosso país, e a necessidade de estimular a prática do diálogo a partir da cooperação entre os atores que compõem a cadeia produtiva do resultado de uma demanda a partir de um “entre nós” como sugere Luis Alberto Warat, entre os indivíduos envolvidos de um conflito. Verificar ainda se a mediação é um mecanismo que solucionará ou não o problema da justiça e da prestação jurisdicional, uma vez não chegam a diversas camadas da sociedade.

INTRODUÇÃO.

Desde os primórdios da humanidade o conflito encontra-se presente na vida dos indivíduos. O choque de vontades e o desejo das pessoas por bens e direitos, nem sempre se coadunam com a quantidade de “recursos” disponíveis, tampouco com algum intento alheio igualmente desejoso por um mesmo bem, vantagem, ou direito, o que faz surgir o conflito de interesses.

O conflito é, conforme Cândido Rangel Dinamarco “a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizado pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-la” (2004, p. 117). De acordo com Fernanda Tartuce o termo “conflito” engloba inúmeras situações concretas, como tensões dos mais diversos tipos e origens” (2008, p. 25). Conforme Sérgio Seiji Shimura é possível afirmar que:

Dentro do Estado Social Democrático Brasileiro, na vida em sociedade estabelecemos interesses sobre pessoas e/ou coisas, ou seja, vivemos nos relacionando com outras pessoas e objetos. [...] Nessa medida, durante a execução das relações de interesses que estabelecemos [...] acabamos, muitas vezes, nos colocando em situação de conflito, pois, de repente, [...] surge o conflito de interesses, gerando a lide, assim qualificada como a pretensão de um interesse por uma pessoa que sofre a resistência por parte de outra (2013, p. 5).

¹Doutoranda em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Universitária da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus de Corumbá.

²Doutorando em Direito Empresarial na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Universitário da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus de Três Lagoas. Advogado.

Uma vez que a sociedade evoluiu, conquistou novos mecanismos e tecnologias; avançou por intermédio de diversas aquisições sociais, que resultaram no Estado Providência, significando com isso, por via de consequência, uma explosão de necessidades e reconhecimento de direitos, que em contraposição a outros interesses, acabou por culminar na litigiosidade elevada, uma vez que cabe à jurisdição o papel de solucionar os conflitos.

Com o advento do Estado Social e, por conseguinte, do Estado Democrático de Direito, em nosso país, surgiu por meio da Constituição Federal de 1988, que conforme Willis Santiago Guerra Filho “depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo, [...] um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abrem canais para participação” (2001, p. 21).

Além disso, consoante relata Eduardo Cambi, uma série de direitos e garantias aos indivíduos consagrou inúmeras “conquistas sociais e democráticas, porque não foram concebidas de maneira espontânea” e que passaram a assegurar os chamados Direitos Fundamentais que devem ser observados não apenas nas relações verticais [entre Estado e cidadão], como também nas relações horizontais [entre pessoas ou entidades em suas relações privadas e em condição de igualdade no aspecto formal] (2011, p.32-33). Sérgio Seiji Shimura afirma que:

É importante não esquecer que a nossa Constituição Federal, reconhecidamente, parte do pressuposto de ser a nossa sociedade pobre e repleta de desigualdades sociais. Tal afirmação é feita com base nos ditames do art. 3º que, ao elencar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, indica entre eles a erradicação da pobreza e da marginalização, assim como a redução das desigualdades sociais e regionais (2013, p. 4).

Dentre tais direitos fundamentais soma-se o direito de acesso ao judiciário e ao devido processo legal. Por consequência, houve um crescimento fenomenal, desde então, da busca pela tutela jurisdicional e com isso o número elevadíssimo de processos judiciais.

Em que pesem inúmeros esforços em relação a uma reforma do Poder Judiciário, no sentido de melhorar cada vez mais a prestação de seus serviços e garantir maior acesso à prestação jurisdicional, bem como garantir ainda a efetividade da tutela prestada, diversos são os obstáculos que impedem o verdadeiro acesso à justiça.

Primeiramente, está arraigado na sociedade brasileira o hábito pela demanda judicial, tendo em vista que, de acordo com Fernanda Tartuce, “é da tradição do sistema jurídico brasileiro a distribuição da justiça com base na litigiosidade [...] e conduzir ao Estado, por meio de seu poder impositivo, o destino dos problemas privados.” (2008, p. 86). Daniel Mitidiero destaca que:

Com a consolidação do Estado Nacional Moderno, denota-se [...] evidente assimetria na relação indivíduo/Estado. Com o coroamento do processo de centralização de vários poderes no Estado, forma-se uma autoridade que se contrapõe à totalidade dos súditos (isto é, a sociedade). (2007, p. 50)

Talvez ainda como resquício e influência do Estado Liberal burguês, onde o acesso à jurisdição traduzia-se primordialmente no direito do indivíduo promover uma ação. “Para a cultura do litígio a única realidade que importa é a que está nos processos” (WARAT, 2010, p.3). Mesmo recentemente, as condutas do julgador limitavam-se a “mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo quando ia além dela, as reformas eram sugeridas com base na teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade” (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 9). Somado à característica litigiosa que marca a justiça tradicional, e à ampliação do acesso à justiça tem-se que:

O tratamento dos conflitos pela via jurisdicional é pautado pela disputa acirrada, na qual as controvérsias hão de ser, ao final definidas no sistema de vencedores e vencidos, a característica de conflituosidade é gerar um sistema “ganha-perde, no qual a resposta final será, em regra adjudicada (atribuída) a uma das partes por um terceiro estranho à relação jurídica [...] em algumas circunstâncias pode ocorrer o fenômeno da litigiosidade remanescente, persistindo certa sorte de controvérsia entre as partes após o fim de um processo de composição de conflitos porque determinados conflitos de interesses não foram tratados adequadamente (TARTUCE, 2008, p. 102-103).

Ocorre que, do excesso de litigiosidade, segundo Boaventura de Souza Santos o que “a administração da justiça dificilmente poderia dar conta, [...] repercutiu também na incapacidade do Estado para expandir serviços de administração da justiça de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada” (2010, p. 168).

Além disso, nos dizeres de Mauro Cappelletti “em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso – pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos” (1994, p. 87)

Incluídos a tais obstáculos, há ainda as barreiras: econômicas, pois os custos são elevados e aumentam, ainda que baixo o valor da causa; e ainda as barreiras sociais e culturais, consoante afirma Boaventura de Souza Santos:

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas factores económicos, mas também factores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades económicas (2010, p. 170).

Importante mencionar também que, muitas vezes o conflito, ainda que devidamente sentenciado pelo magistrado não é definitivamente resolvido e pacificado, pois os envolvidos são posicionados como concorrentes no jogo da disputa judicial.

Tal modelo é questionado em relação ao fato de distribuir ou não efetivamente a justiça e se há o fomento para uma cultura de paz entre vencedor e perdedor, o que em muitas vezes possui a resposta negativa pelos jurisdicionados, pois nem “sempre tal resolução se mostra adequada no sentido de gerar resultados verdadeiramente justos e efetivamente observados pelas partes”. (TARTUCE, 2008, p. 107).

Incluindo aos óbices acima mencionados, existe também a barreira temporal, uma vez que um processo judicial, dependendo do estado membro onde é desenvolvido, pode demorar anos para ser definitivamente julgado na fase de conhecimento, sem deixar de mencionar a fase de cumprimento de sentença que pode se arrastar por muitos anos.

Apesar dos grandes avanços vivenciados nos últimos anos a partir da emenda 45/2004, com os esforços do Conselho Nacional de Justiça e os diversos tribunais do país, ainda assim, muitos são os “desafios do acesso à justiça amplo e democrático somado às exigências constitucionais de celeridade e qualidade ficam evidenciados no quantitativo de ações que tramitam e ingressam no Poder Judiciário brasileiro a cada ano” (CNJ. 2014, p. 5).

Segundo relatório denominado Justiça em Números elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça muitos são os obstáculos a serem enfrentados pelo judiciário brasileiro, mas o maior deles encontra-se relacionado ao número cada vez maior de demandas promovidas anualmente:

Os aumentos com as despesas e com a força de trabalho foram acompanhados do aumento na quantidade de casos novos e do estoque, em 1,2% e 4,2% no último ano, respectivamente, o que impactou o crescimento da carga de trabalho por magistrado (1,8%), sendo que tramitaram, no ano de 2013, em média, 6.041 processos por magistrado.

Em linhas gerais, há um crescimento da litigiosidade de forma mais acentuada que os recursos humanos e as despesas. Enquanto que, no último ano (2013), houve crescimento de 1,5% nos gastos totais, 1,8% no número de magistrados e 2% no de servidores, tramitaram cerca de 3,3% a mais de processos nesse período, sendo 1,2% a mais de casos novos e 4,2% de casos pendentes de anos anteriores.

Tramitaram aproximadamente 95,14 milhões de processos na Justiça, sendo que, dentre eles, 70%, ou seja, 66,8 milhões já estavam pendentes desde o início de 2013, com ingresso no decorrer do ano de 28,3 milhões de casos novos (30%). É preocupante constatar o progressivo e constante aumento do acervo processual, que tem crescido a cada ano, a um percentual médio de 3,4% (2014, p. 33-35).

Além disso, o relatório constata que o número de processos novos cresce exponencialmente em relação aos processos que são encerrados, que por sua vez possuem um aumento ínfimo, ou seja: o Judiciário não consegue diminuir a quantidade de novos processos, o que aumenta anualmente o número de casos pendentes (2014, p. 35)

Sendo assim, “o tempo presente é marcado por muitas mudanças. A sociedade tecnológica e de consumo transforma tudo rapidamente. O direito vive uma crise existencial, tendo dificuldades para promover valores essenciais como a segurança jurídica” (CAMBI, 2011, p. 19). Acompanhando Willis Santiago Filho, é importante adicionar que:

Em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a esfera pública, ocupada pelo Estado, a esfera privada, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a esfera coletiva, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros (2001, p. 25).

Adicione-se a todos os problemas enfrentados já mencionados, uma tentativa em disseminar a prática das soluções alternativas de conflitos. Entretanto, o jurisdicionado e o profissional do direito relutam em aceitar tais métodos na posição de não reconhecer o instituto mediação como mecanismo efetivador da justiça, bem como os outros mecanismos correlatos, ao confiar somente que a resposta estatal por meio da sentença obtida mediante o litígio é o único meio possível para solucionar o impasse.

Além disso há que se verificar a necessidade de tal prática, não apenas como elemento efetivador de justiça para aqueles que dela possuem acesso, mas sobretudo, a necessidade de olhar ainda para o fato de que a “Justiça” não chega a todas as camadas da sociedade, ela não se verifica para aqueles que nem sequer fazem parte da sociedade, os denominados esquecidos e os excluídos que integram boa parcela da população no Brasil. Por isso a necessidade de uma transformação de concepção que deve ocorrer de várias maneiras, inclusive legislativas, políticas, mas, sobretudo sobre a “natureza ideológica dos processos de dominação de que se constituem o direito e o sistema judiciários” (FAGET, 2012, p. 235).

2. A EVOLUÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA À JURISDIÇÃO - BREVE CONTEXTO.

Acompanhando uma tendência mundial, a exemplo de diversos países, como na França, que utiliza as diversas formas alternativas para solução de conflitos nas mais diversas áreas [conflitos de vizinhança; trabalho; relações de consumo dentre outras], o que, segundo Loïc Cadiet:

O desenvolvimento de soluções alternativas, é um assunto clássico desenvolvido a muito tempo como um acordo que pode ser a forma de resolver a disputa [...]. O Fenômeno, no entanto, tem aumentado consideravelmente nos últimos anos, os métodos alternativos de resolução de conflitos, inicialmente concebido como uma alternativa à resolução judicial do litígio, que eventualmente se desenvolve antes do próprio juiz. [...] Esta solução está progredindo no terreno para resolver disputas individuais, mas seu crescimento é notável, até superior, sobre as disputas coletivas.³ (2013, p. 503, tradução nossa).

Ainda em relação ao direito comparado é importante destacar a experiência pioneira dos Estados Unidos⁴ sobre os meios alternativos de solução de conflitos, que lá são denominados de ADR's (Alternative Dispute Resolution). De acordo com Edward P. Davis, advogado e mediador nos Estados Unidos, em seminário apresentado no Brasil no ano de 2001, nas décadas de 1970 e 1980, ocorreu uma explosão de litigiosidade que atulhou o judiciário daquele país.

A solução para o excesso de casos, acúmulo de processos e por via de consequência, do atraso na prestação jurisdicional [cujo tempo relatado era de até cinco anos], foi obtido por meio de reformulação

³Cet aspect du sujet est plus classique. Il est acquis depuis bien long-temps que la convention puisse être un mode de solution du litige [...]. Le phénomène, toutefois, s'est considérablement amplifié ces dernières années, les modes amiables de règlement des conflits, d'abord conçus comme une alternative à la solution judiciaire du litige, ayant fini par se développer devant le juge lui-même. [...] Cette solution extrajudiciaire progresse sur le terrain du règlement des différends individuels, mais son essor est aussi remarquable, peut-être même supérieur, sur celui des différends collectifs. (CADIET, *et al.* 2013, p. 503)

⁴Os Estados Unidos foi o primeiro país a institucionalizar a partir da década de 1970, a mediação e outras práticas alternativas de resolução de conflitos, denominadas ADR's, como forma de resolver diversos problemas na prestação da justiça naquele Estado.

desempenhada por juízes e advogados em conjunto [uma vez que naquele momento o Estado daquele país vetou a expansão judicial, negando a melhoria de estrutura física, ou seja: a contratação de mais magistrados e construção de mais espaços]. (2003, p. 16-17).

Por intermédio do que se denominou “gerenciamento de casos”, segundo o autor, a mediação tornou-se a forma mais admitida de ADR, atestando inclusive que a “mediação é um esforço de procurar resolver os litígios por meio de consenso mútuo entre os litigantes, os quais têm de concordar em resolvê-los”, e para isso há a necessidade de um catalisador que é justamente a figura do mediador.

Do contexto explicitado pelo Autor destacado é que a mediação além de baratear custos, diminuiu o tempo de discussão e resolução de uma controvérsia para uma média de tempo de sete meses. Outra qualidade da inserção como prática corrente da mediação naquele país como meio de aplicação da justiça é que retirada grande parte de litígios “do sistema tradicional, que podem ser resolvidos pelos próprios litigantes” restam tão somente aquelas situações que realmente demandem “decisão judicial, que necessitem de que o juiz determine quem está certo e quem está errado para conferir direitos às partes”, sem contudo, aumentar custos, atrasos, tampouco prejudicando o trabalho dos advogados (2003, p. 20). Enfim, a mediação é uma experiência de sucesso nos Estados Unidos.

Podemos destacar outras experiências de Estados que institucionalizaram a mediação como em diversos países da América Central: Bolívia, Colômbia, Equador, Peru, Costa Rica, Guatemala, Nicarágua, Argentina; cada um com seu modo próprio de estimular a prática da mediação, porém, todos com o objetivo comum: a promoção do acesso à justiça e a promoção da paz social (ALVAREZ, 2003, p. 223)

Seguindo essa tendência, no Brasil são diversos esforços para difundir o instituto da mediação, atualmente propostas legislativas, tratam do tema, o Projeto de Lei 7.169 de 2014, que foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 07 de abril de 2015⁵, cuja redação final foi aprovada em 12 de maio de 2015, e convertida na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, em 26 de junho de 2015, [trata](#) já em seu artigo 1º sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Tal lei “define a mediação como atividade técnica exercida por pessoa imparcial, sem poder de decisão, que auxilia as partes envolvidas a encontrarem soluções consensuais” (BRASIL, 2015).

Em que pesem críticas de juristas consagrados quanto ao texto do projeto de lei⁶, convertido em lei que entrará em vigor cento e oitenta dias após a publicação, o que deve ser considerada é que a “história recente do desenvolvimento da mediação no Brasil evidencia uma preocupação [...] com a institucionalização dessa forma de resolução de disputas no contexto jurídico nacional.” (BARBADO, 2004).

Há também o Projeto de Lei 4.827/1988; sem deixar de mencionar a recentíssima Lei nº 13.105

⁵Até a data da conclusão deste trabalho o projeto encontrava-se pendente de sanção presidencial

⁶Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe afirmam que o referido projeto, agora vertido em norma não está em sintonia com o conteúdo aprovado sobre o assunto constante do Novo Código de Processo Civil (2015). Entretanto, não é proposta do trabalho tecer análise ou críticas comparativas de textos ou propostas legislativas.

de 16 de março de 2015, denominada Novo Código de Processo Civil que traz em seu bojo a prática da mediação [juntamente com a conciliação] como instrumentos necessários à solução do litígio. Em todos os textos há o estímulo para a utilização da técnica como meio para alcançar a solução entre as partes envolvidas no conflito. Foi proposto desde o projeto do Código de Processo Civil, transformado agora em código que passará a vigorar a partir de março de 2016, em sua redação final, já no início determina que a “mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por todos.” (BRASIL, 2010).

Dentre as inovações do Novo Código de Processo Civil, há o Princípio da Cooperação que chama o jurisdicionado a participar mais efetivamente das decisões que envolvem seus conflitos interpessoais. Nos dispositivos específicos que tratam da mediação [e a conciliação], artigos 165 a 175, de acordo com o Professor Cássio Scarpinella Bueno disciplinam detalhadamente a atuação dos mediadores “orientando e estimulando a autocomposição, estabelecendo diretrizes básicas e os princípios que devem guiar a atuação de conciliadores e mediadores no atingimento de seu mister” (2015, p. 151).

Verifica-se que atualmente é objetivo de todas as esferas da sociedade e em particular do judiciário, proporcionar uma resposta não apenas célere, mas efetiva, eficaz ao jurisdicionado. Entretanto, os métodos tradicionais não se mostram satisfatórios, uma vez que há a sobrecarga e o abarrotamento de processos judiciais nos tribunais (TARTUCE, 2008, p. 170-172).

A autocomposição [onde se insere a mediação] é um método tão antigo quanto a própria sociedade. Os chineses, por exemplo, em 550-470 a.C, tinham por meio do pensamento de Confúcio a ideia de que resolver suas controvérsias por meio da exposição processual era algo desonroso e uma afronta à paz social, tanto é verdade que até os dias de hoje, a mediação é utilizada, pois faz parte da cultura milenar daquele povo (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 64)

O tema atualmente ganha relevância como solução para os conflitos, pois se trata de meio de procurar e alcançar efetivamente soluções práticas (DINAMARCO, 2004, p. 121-122), sem a necessidade de se aguardar um processo judicial, que por vezes poderá ser, longo e tumultuado.

Acompanhando as incessantes necessidades da sociedade, o Judiciário como um todo, seguido pelo o Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010), o Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, e diversos estudos difundidos, fomentam a mudança do paradigma na forma de acesso à justiça, de molde a apontar outros mecanismos democráticos (SENA, COSTA, 2012, p. 62,65), que permitam aos indivíduos a solução de seus problemas ao invés de unicamente buscar por meio do processo judicial a resposta para um conflito, que muitas vezes se mostra inócuo.

Conduzido por tal exigência e em compasso com os objetivos traçados pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (BRASIL, 2014), que prevê a mediação [judicial e extrajudicial], de forma a evitar que o conflito se arraste em litígio e a fim de possibilitar o acesso à justiça (CAPPELLETI, GARTH, 1988), é que diversos esforços legislativos tomam forma atualmente, seja inserido no Novo Código de Processo Civil, seja na lei que disciplina a Mediação extrajudicial entre particulares e ou a administração pública.

Estudos (VASCONCELOS, 2008) e práticas (BONN, 2012) implantadas junto às comunidades mostram que a criação de centros que estimulam tais mecanismos por instituições, como as de ensino,

alcançam resultados bastante favoráveis para a população como um todo. Por isso a importância do fomento ao método baseado em argumentos e troca de ideias entre as partes envolvidas no conflito, pois: “argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constataativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes [...] a aceitar como válidas as propostas debatidas” (HABERMAS, 2003, p. 281).

Além disso, é necessário introduzir o indivíduo como protagonista no exercício de seus direitos, de forma a atingir de maneira democraticamente digna a pacificação social de seus conflitos interpessoais. É uma exigência não apenas no contexto pátrio, mas mundial, o desenvolvimento de uma cultura de paz, conforme preleciona o Art. 3º da Declaração Sobre a Cultura de Paz da ONU que uma cultura de paz está intimamente vinculada à “promoção da resolução pacífica dos conflitos” com a “possibilidade de que todas as pessoas, em todos os níveis, desenvolvam aptidões para o diálogo, negociação, formação de consenso e solução pacífica de controvérsias” (UNESCO, 1999).

Dessa forma, o tema sobre solução alternativa de conflitos conquista relevância como um todo, pois é interesse tanto da sociedade, das pessoas individualmente falando, das instituições de ensino, como do próprio judiciário dar uma solução ao jurisdicionado no contexto educacional, jurisdicional, bem como abrindo espaço: tanto ao debate acadêmico como no âmbito institucional e social perante a comunidade, seja a partir de iniciativas do Poder Judiciário, seja no setor educacional. Com respaldo em Jürgen Habermas tal desiderato ganha relevo na medida que:

Em condições favoráveis, [...] quando os argumentos se condensam de tal maneira num todo coerente, e no horizonte de concepções básicas ainda não problematizadas, que surge um acordo não-coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controvertida. A expressão “acordo racionalmente motivado” pretende fazer jus a esse resto de factilidade: nós atribuímos a argumentos de “mover”, [...] os participantes da argumentação a tomadas de posição afirmativas (2003, p. 282).

Tendo em vista que o exercício de práticas alternativas para a solução de controvérsias é fundamental para garantir o efetivo acesso à justiça, sem descurar pela pacificação social eficaz, é imperiosa a formação de futuros operadores do Direito que utilizem tal prática como ferramenta primeira no momento de prestar o seus serviços à comunidade de forma ainda a humanizar e democratizar ainda mais a área do direito.

Segundo Mauro Cappelletti “é nosso dever contribuir para [...] encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente” (1994, p. 97).

3. DA NECESSIDADE DE UM DIÁLOGO A PARTIR DA MEDIAÇÃO.

Tendo em vista que o exercício de práticas alternativas para a solução de controvérsias, é fundamental para garantir o efetivo acesso à justiça sem descurar pela pacificação social eficaz, é

fundamental inicialmente a formação [até mesmo uma reformulação] de operadores do Direito para que utilizem tal prática como ferramenta primeira no momento de prestar o seus serviços à comunidade de forma ainda a humanizar e democratizar ainda mais a área do direito.

O estímulo à prática da mediação se justifica pela necessidade e o forte interesse de colaborar para superar a cultura do litígio, uma vez que, quando diante do conflito, o indivíduo tem forte tendência à acreditar que a sentença [a manifestação última por meio de um Estado Juiz Soberano] é a única forma de se alcançar a Justiça. De forma que, às vezes instado a solucionar pacificamente seus conflitos, o jurisdicionado é reticente e não confia nas alternativas de solução propostos.

Nesse caso, é importante a formação, a reformulação, uma modificação de pensamento e paradigmas, sobretudo no jurisdicionado, consistente na necessidade de difundir e fomentar a prática de métodos alternativos de conflitos desde a formação acadêmica, ou seja: dentro das universidades [não apenas na fase universitária, mas desde o início da vida estudantil, no ensino básico e seguintes⁷], e procurar trabalhar para que a cultura do combate dê lugar à prática argumentativa e construtiva como a melhor forma de resolver os conflitos intersubjetivos.

Muitos⁸ são os que aplaudem a mediação como mecanismo hábil a solucionar diversos problemas enfrentados pelo judiciário e a litigiosidade exacerbada. Entretanto, vozes críticas que apostam numa desjudicialização⁹, e por isso, segundo José Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler, os meios alternativos de resolução de conflitos enfrentam as seguintes críticas:

1. Desequilibra o poder das partes envolvidas, uma vez que, em virtude, muitas vezes, de condições de vida diferentes [sociais, econômicas] a parte menos favorecida poderia ser compelida a acordar sem entretanto concordar.
2. Representação inadequada, pois os conflitos nem sempre estariam realmente assegurados por intermédio do acordo.
3. “Falta de fundamento para atuação judicial posterior”, pois não se poderia revisar o acordo entabulado entre as partes.
4. A prevalência da justiça à paz social, nesse caso quem tem o papel de decisão são “os tribunais de emitirem interpretações acerca de textos legais e a sociedade de ter a seu alcance autênticos critérios de justiça.” (BOLZAN, SPENGLER, 1999, p. 108)

Em que pesem receios e críticas de operadores do direito tradicionais, as mesmas não podem e não devem prosperar, desde que, para muito além da reconstrução de paradigmas e fórmulas para solucionar a crise da prestação jurisdicional, há a necessidade reformulação, ou como prefere Luis Alberto Warat a desconstrução de velhos modelos para além da modernidade de “verdades únicas” que é denominado pelo autor de “Torre de Babel do Normativismo Jurídico [...] apoiada no normativismo das plenitudes” tendo em conta que a grande verdade está nas normas, tornando-se desnecessário “sair delas

⁷Por isso podemos incluir também a mediação como uma forma de justiça restaurativa dentro dos espaços acadêmicos, que servem de instrumento de conscientização para aqueles indivíduos que desde cedo adquirem contato com a forma de solucionar problemas por meio do diálogo das partes envolvidas.

⁸Principalmente agora, nessa atualidade em que se desnuda por completo os modelos tradicionais e as teorizações impostas, como se a solução estivesse no Estado Juiz, na cultura do litígio sustentada pelo Direito como se a “única realidade que importa é a que está nos processos” (WARAT, 2010, p. 03)

⁹Argumentos desde a retirar do Judiciário o papel para o qual está originalmente vocacionado primordialmente a exercitar; até mesmo o medo de retirar do advogado o seu ganha pão, uma vez que o litígio rende muito mais.

para realizar as práticas sociais de justiça” (2010, p. 04).

Por tal motivo “a força social da mediação radica em sua possibilidade de retirar os operadores do direito de seu labirinto, leva-os às práticas existenciais” (2010, p. 03).

Tem-se ainda que constatar que, além da desconfiança do jurisdicionado em relação à prestação jurisdicional e a verdadeira promoção da justiça, a descrença nos modelos normativos tradicionais, há boa parcela da sociedade que não possuem sequer o mínimo acesso à jurisdição e quiçá à justiça, o que Warat nomina de os esquecidos, os excluídos e os oprimidos. Por isso, muito mais que além reconhecer a mediação como instrumento válido para solucionar conflitos, como uma alternativa à jurisdição, um mecanismo para resolver ou minorar a crise da prestação jurisdicional, tem-se que, fundamentalmente trabalhar a mediação sob o aspecto da alteridade, da outridade, termos também cunhados e defendidos por Warat e inerentemente inseridos na mediação.

3.1. A Mediação sob o “olhar” Waratiano, como mecanismo inclusão dos excluídos e os esquecidos.

Em sua obra *A Rua Grita* Dionísio, Luis Alberto Warat preconiza que qualquer forma de esquecimento, de exclusão, torna-se um instrumento de dominação, onde se toma a voz e a identidade do outro marginalizado e passa-se a decidir por ele. Luiz Alberto Warat assim descreve os excluídos e os esquecidos:

Os excluídos têm sentimentos de revolta contra à exclusão e às vezes geram movimentos de resistência [...]. Os esquecidos não têm consciência de que são esquecidos; nem sequer podem verbalizar para si mesmos sua condição de esquecidos, eles não existem nem sequer para si mesmos a que justiça pode atender aos esquecidos, como a Justiça do Brasil pode chegar a eles? (2010, p. 04)

Para tais pessoas, há a necessidade de um trabalho pedagógico, terapêutico para que tenham consciência de si, enquanto seres no mundo, para que só assim tenham condições de praticar atos de cidadania e, por conseguinte, de escuta do diferente, do outro (2010, p. 04).

Sem adentrar num contexto de quem são os esquecidos ou excluídos de nossa sociedade [que historicamente vão desde os negros, índios e mulheres, passando pela opção sexual até religiosa] diversas são as formas de excluir, de esquecer, de subjugar, como uma espécie de campo de concentração que destrói as relações sociais, do diferente, uma vez que de forma bem abrangente, todos os “modos de exclusão social são modos de extermínio” (WARAT, 2010, p. 45).

Vivemos sim num permanente Estado de Exceção, onde o indivíduo é subjugado e tornado sem vínculos e sem identidade, num mundo “onde a expectativa social se encontra à deriva. A exclusão social também está mundializada (a nível internacional e dentro de cada país)”, onde as diferenças sociais, culturais, e econômicas são exponencialmente multiplicadas, onde de um lado temos o diferente, o excluído, o marginalizado, o invisível; e de outro, lado temos boa parcela da sociedade que está limitada às “fantasias de consumo”, onde são levadas a crer que “os direitos humanos terminam ao longo do tempo impondo-se” (WARAT, 2010, p. 15-20).

Acompanhamos diuturnamente, desde acontecimentos que sob a aparência da insignificância,

aos fatos de grande repercussão nacional ou mundial, demonstram a aniquilação [metafórica e real] do indivíduo, sua exclusão do corpo social, a perda de identidade e dignidade sob diversas formas, atos cotidianos que se manifestam tanto nas relações horizontais quanto verticais, que se não praticadas e fomentadas pelo próprio Estado, por ele no mínimo, são negligenciados.

Portanto ao se utilizar dos termos grupos marginalizados, excluídos, esquecidos, ou oprimidos, quer-se na realidade fazer menção à grande parcela dos indivíduos que não possuem voz própria para escolher os caminhos a serem seguidos [muitas vezes dentro de seu próprio seio de convivência, como também dentro de uma comunidade, como ser pertencente ao corpo da sociedade ou como integrante de um país] ou seja: não são indivíduos que decidem por si, tampouco podem escolher ou construir o mundo onde vivem ou pertencem.

Por tal motivo, a mediação é uma possibilidade de resgate e decorre daí a sua importância “como pedagogia revolucionária de reconstrução de vínculos esmagados” (WARAT, 2010, p. 18). Por meio da mediação permite-se a inclusão que pode ocorrer sob diversas formas aptas à inserir ou reinserir o indivíduo na cadeia de produção da construção de sua vida de da sociedade onde vive.¹⁰

Luis Alberto Warat afirma a resistência como caminho possível, e para isso é “necessário apostar na cultura, na alteridade [...]. A cultura da paz [...] A resistência da paz. A mediação dos excluídos”. Relaciona a inclusão e a mediação como formas de resistência uma vez que tornar-se-á “exitosa quando as pessoas começarem a tomar conta de seus próprios conflitos e de seus desejos” (2010, p. 24-25).

A partir do momento que um indivíduo se insere, integra um grupo, faz parte do corpo social, a sua auto estima surge como valioso elemento de melhoria de qualidade de vida. Com o empoderamento de si [sujeito que toma decisões] e o pertencimento ao corpo social, a partir da assunção de seus atos que sustentam as vicissitudes do cotidiano, uma “prática cultural antropofágica” surge, manifestada por meio das experiências de si e para com o outro, a troca de ideias, a troca como um enriquecedor alimento. “Quando os excluídos descobrem como podem unir-se para realizar seus próprios fins poderão enfrentar de forma ativa e eficiente o poder que os tornou excluídos. Neste ponto a mediação pode ajudar” (WARAT, 2010, p. 33-34).

Sendo assim, vencer a exclusão, utilizada aqui a expressão de forma genérica para designar qualquer forma de subjugar o indivíduo, necessário se faz a valorização do conceito de “coletivo”, “de grupo”. A pessoa como uma engrenagem; o grupo, o coletivo como rodas dessa engrenagem, a sociedade como um aparelho que se desmantela, que não funciona, se o “todo” não trabalha em conjunto.

Portanto, é fundamental pensar o indivíduo enquanto parte integrante de um grupo e no corpo social em que é integrante, fortalecer suas relações pela mediação como meio de sobrelevar-se do poder e da dominação por intermédio de uma resistência denominada por Warat de biopolítica, termo originalmente atribuído a Michel Foucault, assim como a expressão biopoder.

Como biopolítica, tem-se “as diferentes formas de entre cruzamento do poder e da vida” e como biopoder “a decisão do poder de se inscrever na vida”, e a partir de tais conceitos Warat avança para uma

¹⁰Podemos mencionar aqui a título de exemplo, desde protestos diversos como fomento à participação ativa como cidadão ao ajudar na organização da comunidade, na cogestão da coisa pública e da participação na vida política não reduzida apenas ao voto. Especificamente podemos citar as manifestações que começaram em 2013, que se estenderam e se intensificaram neste ano de 2015, como demonstração de insatisfação à corrupção desenfreada, à crise econômica e à política governamental. Podemos citar ainda as manifestações por reconhecimento dos direitos como o casamento gay; a descriminalização do uso de drogas, por exemplo.

conjuntura ecológica como forma de propiciar, a partir da “preocupação ecológica com a vida”, a melhoria de sua qualidade, e a “mediação uma resposta ecológica de resistência às formas jurídico-institucionais do poder”. Diante desses conceitos o autor afirma que a necessidade de reinventar a “produção de vida” por meio do lutar e atuar mediante um consenso alcançado pelo diálogo, que na mediação “a verdade do conflito” é uma “ação cooperativa” de pessoas “que se transformam juntos dentro de seus próprios conflitos”, e avança ao expandir que Bioatuar é a “emergência de movimentos ou devires minoritários contra a mercantilização do mundo [...] é ao mesmo tempo, um conhecimento e uma rebeldia” (2010, p. 37-43).

Seguindo esse contexto é imperiosa a alteração jurisdicional de paradigmas, uma vez que Direitos Humanos concebidos como biopolítica, são desrespeitados continuamente, sob o monopólio da violência Estatal, como uma justificativa jurídica de exclusão. E a partir daí Warat indaga e logo em seguida responde: “Pode um juiz, ou administradores de justiça decidir qualquer aspecto conflitivo de vida dos homens? Dizer que sim é outra atitude reducionista dos Direitos Humanos” (2010, p. 45).

3.2. A Mediação como instrumento de Alteridade e Outridade do indivíduo a solução possível no “olhar para o outro” a partir de si mesmo.

Por mais que se tente institucionalizar apenas qualquer prática de solução alternativa de conflitos, é importante trabalhar nos indivíduos, sobretudo aquela camada, cujos olhos a sociedade fecha. Somente a partir de uma prática que estimule a alteridade e a outridade do indivíduo é possível afirmar que a mediação é sim um instituto viável a tratar a partir de sua fonte, a controvérsia entre as partes em uma situação problema.

Para que sejam possíveis resultados na prática, seja pela via endoprocessual, seja extrajudicialmente, necessário se faz romper com a ideia de que o conflito é uma patologia social a ser curada, e passar a trabalhar o litígio sob uma ótica consensuada, onde os indivíduos são os protagonistas dos resultados obtidos, vencendo a lógica processual ganhador-perdedor, para uma filosofia cooperativa onde todos ganham.

Em que pese a evolução, a ultramodernidade das vias de comunicação, o paradoxo que se tem, é a dificuldade em verdadeiramente se comunicar com o outro. Por isso a necessidade da mediação como essa ponte entre os indivíduos por meio de uma “gestão ativa de conflitos pela catálise de um terceiro” que aplicará “técnica mediante a qual são as partes mesmas imersas no conflito quem tratam de chegar a um acordo com a ajuda do mediador, terceiro imparcial que não tem faculdades de decisão” (SIX, 2001, p. 191).

Para Luis Alberto Warat a diferença da mediação para os demais meios alternativos de solução de conflitos encontra-se no “caráter transformador dos sentimentos que por graça da mediação pode ocorrer nas relações sentimentalmente conflituosas, o que é ignorado no procedimento judicial” e em outros meios de solução alternativa de conflitos” (2004, p. 59).

Propõe ainda Warat que não cabe mais, na atualidade em que vivemos, pretender buscar todas as soluções no normativismo do direito, que precisa pensar na emancipação do jurisdicionado em prol da

qualidade de vida e por isso trata da “mediação como direito da alteridade, enquanto realização da autonomia e dos vínculos com o outro”. A mediação enquanto elemento para atingir a alteridade “reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro” (2004,p. 53-54).

O Outro, compartilhar do espaço entre nós, seria a “relação ética que une cada homem com seu semelhante” (2004, p. 140) e partindo de tais premissas, a ética da alteridade é fundamental para a captação do outro que é a outridade, como forma de escapar às formas reducionistas, maniqueístas dos seres que lhes retira a voz e só deixa a alienação e a conformidade como forma de, a partir da violência e a coerção institucionalizada pelo judiciário, reduzir os outros às nossas vontades, ao poder da voz egocêntrica, e assim de alguma forma decidir o litígio, mas não tratá-lo na sua essência.

A mediação a partir da ética da alteridade e da outridade apresenta-se como uma via possível, que, com a autonomia do indivíduo, a responsabilidade compartilhada de um espaço com o outro, permite a construção de uma compreensão na obtenção do êxito dos conflitos, responsabilizando os indivíduos envolvidos, com o auxílio de um mediador comprometido, para o alcance da solução por meio da superação de emoções reprimidas e o consenso, onde ninguém perde, ninguém ganha, mas todos tratam do conflito de forma bem sucedida abdicando da violência e da sujeição do outro.

CONCLUSÃO.

Tendo em vista as necessidades prementes para solucionar o problema que o judiciário enfrenta com o excesso de litigiosidade que está culturalmente arraigada na mentalidade do jurisdicionado, é necessário mudar de paradigmas para que seja possível resolver diversos obstáculos que impedem o acesso à justiça.

Responder à indagação tema do presente trabalho é no sentido de que sim, é possível que a mediação seja a solução, entretanto para além da mera institucionalização e regulamentação normativa da mediação no país. Necessário primeiramente é criar uma cultura de alteridade e outridade que torne possível a criação de um espaço “entre nós” que permita a comunicação dos indivíduos, a interação para a obtenção de uma cooperação que crie no indivíduo o empoderamento das suas decisões, ou melhor, a construção de soluções em suas relações interpessoais com o outro, partindo da premissa de que o outro é fundamental para a obtenção, realmente sólida, de um resultado satisfatório, onde todos os envolvidos no conflito ganham, não há relação de ganhador ou perdedor.

Também é fundamental destacar que a justiça e o judiciário não alcançam todos os indivíduos da sociedade, os excluídos, que de forma abrangente incluem todos aqueles que, de alguma forma, são absolutamente ignorados enquanto ser, o que acaba por fazer com que não tenham ou percam a sua identidade, a depender do grau de exclusão. Para esses indivíduos, onde a justiça convencional jamais chegará, é necessário um espaço para que alcance, por meio de um trabalho pedagógico, o reconhecimento de si, para só então aprender a identificar o outro, se comunicar com o outro e a partir daí criar autonomia para solucionar seus problemas.

A mediação apresenta-se como resposta, uma via possível como mecanismo de alteridade e de

outridade, que, por meio de um espaço cooperativo, compartilhado e guiado por um mediador, os indivíduos constroem soluções realmente satisfatórias para pacificar seus conflitos. A ilusão está em tentar encontrar resposta, unicamente normativa e institucionalizada, como possibilidade para resolver todos os problemas do Direito, a solução está na política da alteridade por intermédio da mediação.

REFERÊNCIAS.

ALBERTON, Genacéia da Silva. **Ação comunicativa e jurisdição**: uma contribuição Habermasiana. In: Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 12, v. 23, p. 85-102, jan./dez./2004. Disponível em: < http://www.escolamp.org.br/arquivos/revista_23_06.pdf > Acesso em: 23 de maio de 2015.

ALVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y El acceso a justicia**. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003.

BARBADO, Michelle Tonon. **Reflexões sobre a institucionalização da mediação No direito positivo brasileiro**. in: Azevedo. André Gomma de (org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. V. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. E82a 326 p.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: Alternativas à Jurisdição!. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONN, Mayara Andressa. **Relato da implantação de um núcleo de mediação familiar em Frederico Westphalen**. in **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 7. n. 2. 2012. Disponível em: < www.ufsm.br/redevistadireito_cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/.../pdf.2012 > Acesso em 23 de maio de 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Ano base 2013. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: < ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf > Acesso em 18 de maio de 2015.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm >. Acesso em: 17 de maio de 2015.

_____. **Reforma do Judiciário**. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/reforma/main.asp?ViewID=%7B123F2D72-396C-4AB8-AEFE-9F064C04A146%7D¶ms=itemID=%7B6DD80237-89EE-4DE6-9B63-9AEAAE6ABC03%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A> > Acesso em 24 de maio de 2015.

_____. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>> Acesso em 28 de maio de 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

CADIET, Loïc. NORMAND, Jacques. MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procès.** 2. ed. Paris : Presses Universitaires de France, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo.** São Paulo, ano 19, n. 74 p. 82-97. abr-jun. 1994.

_____. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** T. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DAVIS, Eduard. P. **Mediação no direito comparado.** Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo02.pdf>> Acesso em: 10 de junho de 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** v. 1. São Paulo: RT, 2004.

FAGET, Jacques. **As vidas divididas da mediação.** In: Meritum – Belo Horizonte . v. 7 – n. 2 – p. 229-247 – jul./dez. 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia:** entre a facticidade e validade. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e democracia:** entre a facticidade e validade. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo:** O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo Valorativo. 2007. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178> Acesso em 18 de maio de 2015.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça.** Belo Horizonte:

Del Rey, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SHIMURA, Sérgio Seiji. ALVAREZ, Anselmo Prieto. SILVA, Nelson Finotti. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. Ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

SIMIONI, Ariane. HELFER, Inácio. **A Ética discursiva aplicada na cultura mediatória**. Disponível em: <online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/.../1394> Acesso em 23 de maio de 2015.

SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método. 2008.

TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

UNESCO. 1999. **Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz**. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método. 2008.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio**. Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Trad. Vivian Alves de Assis *et al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

_____. **Surfando na Pororoca**. O ofício do mediador. v. 3. Florianópolis: Boiteux. 2004.

_____. **O ofício do mediador**. v. 1. Florianópolis: Habitus. 2001.

WATANABE, Kasuo. **Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos**. Disponível em:

<<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>> Acesso em: 23 de maio de 2015.

A DIALÉTICA DO TRABALHO: DA HUMANIZAÇÃO À DESUMANIZAÇÃO DO HOMEM

Vanessa Souza Rosa¹
Washington Cesar Shoiti Nozu²

RESUMO: O presente texto, caracterizado como um ensaio teórico, propõe-se a problematizar a dialética do trabalho no processo contraditório de humanização e desumanização do homem, a partir das contribuições da teoria marxista. Para Engels, a atividade do trabalho, enquanto ação modificadora do meio e do indivíduo, teve um papel fundamental na transformação do macaco em homem. Nesse contexto, com a criação da linguagem e a produção/reprodução da cultura, o homem pôde humanizar-se. Contudo, no decurso da humanidade, mormente a partir da Revolução Industrial, o trabalho sai da esfera de processo humanizador e torna-se num instrumento de opressão e alienação do trabalhador, que, para subsistir, vende sua força de trabalho em troca de um salário para produzir "coisas" nas quais não se reconhece, que lhe são estranhas. Este processo descaracteriza e reprime a capacidade de desenvolvimento do ser humano, sendo este visto como reificação, ou seja, uma coisa.

PALAVRAS-CHAVE: trabalho - teoria marxista - reificação.

1. Introdução

O trabalho, desde sempre, configurou a vida do ser humano. Mormente nas sociedades capitalistas globalizadas, vive-se em função do e para o trabalho. Fato é que mal as crianças aprendem a falar e já são estimuladas a pensar no que "serão quando crescer", de forma que somente "serão algo" caso desempenhem uma função social, ou seja, se trabalharem.

Foi a partir desse processo de reflexão filosófica que este ensaio teórico ganhou fôlego para pensar e problematizar a questão do trabalho. Para tanto, foi beber nas fontes das ciências humanas e sociais para refletir acerca do tema.

Nesse sentido, o presente estudo visa problematizar a dialética do trabalho no processo contraditório de humanização e desumanização do homem, a partir das contribuições da teoria marxista.

Assim, intenta-se provocar o pensamento na tentativa de elucidar o processo dialético que fez com que o trabalho deixasse de ser uma atividade de desenvolvimento do homem para constituir-se, principalmente a partir das sociedades capitalistas industriais, num instrumento de dominação e opressão.

2. O Desenvolvimento do Homem pelo Trabalho

O conceito de trabalho passou por inúmeras transformações, desencadeando uma visão estritamente distinta em cada tempo e espaço na trajetória da humanidade.

¹ Advogada. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR). E-mail: manavany@yahoo.com.br

² Doutorando e Mestre em Educação pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Bacharel em Direito, Licenciado em Pedagogia e Especialista em Educação pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Coordenador do Grupo de Estudos Educação, Direitos Humanos e Cidadania. Docente convidado dos Cursos de Especialização em Direitos Humanos e em Educação da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Editor dos periódicos Inter Ação (ISSN 1678-1929) e Direitos Humanos & Cidadania (ISSN 2238-5142). E-mail: wcsn1984@yahoo.com.br

Em princípio, o trabalho era visto como toda atividade realizada com o escopo de atingir um determinado objetivo, ou seja, uma elementar satisfação humana. Assim, o homem acaba se descobrindo e conhecendo o mundo por meio do trabalho, interagindo com a natureza, com os animais, com a própria espécie.

Desta forma, segundo Cotrim (2006, p. 25), o trabalho contribui fundamentalmente, com o desenvolvimento do homem, “por intermédio do trabalho, o ser humano acrescenta um mundo novo, da cultura, ao mundo natural já existente. Por isso, o trabalho é elemento essencial da relação dialética: homem e natureza; saber e fazer; teoria e prática”.

O homem tem uma relação intimamente ligada a natureza, pois, sem dúvida, ela é a principal fonte de seu desenvolvimento, conforme ressalta Lessa e Tonet (2008, p.17):

Essa simultânea articulação e diferença do mundo dos homens com a natureza tem por fundamento o trabalho. Por meio do trabalho, os homens não apenas constroem materialmente a sociedade, mas também lançam as bases para que se construam como indivíduos. A partir do trabalho, o ser humano se faz diferente da natureza, se faz um autêntico ser social, com leis de desenvolvimento histórico completamente distintas das leis que regem os processos naturais.

O homem projeta em sua mente a execução de uma atividade, modela uma conduta antes de colocá-la em prática, no entanto essa habilidade inexistente nos animais que, biologicamente, desde a sua concepção estão programados em suas ações. Observa Marx (apud COTRIM, 2006, p. 25) que:

Uma aranha executa operações semelhantes às do tecelão, e a construção das colméias pelas abelhas atinge tal perfeição que envergonha muitos arquitetos. Mas o que distingue o pior dos arquitetos da melhor das abelhas é que ele projeta mentalmente a construção antes de realizá-la. No final do processo de trabalho obtém-se um resultado que, desde o início, já existia na mente do trabalhador. Pois o homem não transforma apenas o material em que trabalha. Ele realiza no material o projeto que trazia em sua consciência. Isso exige, além do esforço físico dos órgãos que trabalham, uma vontade orientada para um objetivo, vontade que se manifesta pela atenção e controle das operações durante o tempo de trabalho.

Engels (2012) aponta que o consumo de carne, ao fazer parte da dieta dos primeiros hominídeos, colaborou com o desenvolvimento dos demais órgãos desses seres. O trabalho não se resultou basicamente desta mudança de hábito na alimentação, mas do processo para se obter carne, já que, para tanto, era necessário confeccionar algum instrumento para caçar, ou seja, arco, flecha, machado. Em outras palavras, resultou do processo de projeção e execução de algo.

Ao combinar a carne com a alimentação vegetal, o homem em formação se afastava cada vez mais dos primatas, pois as substâncias contidas nesses alimentos ajudavam no desenvolvimento do cérebro, tornando mais intenso o seu aperfeiçoamento e evolução (ENGELS, 2012).

Através do consumo de carne insurge-se um avanço na vida do homem: a descoberta e utilização do fogo e a domesticação de animais. Assim, o homem passa a melhorar a sua condição de vida se beneficiando de outros alimentos, criando uma emancipação natural (ENGELS, 2012).

Com a mudança na alimentação, os homens puderam tornar-se independentes do clima e da

localidade, conseguindo sobreviver em diferentes lugares aperfeiçoando seus instrumentos e contribuindo para o crescimento populacional. Conforme Engels (2012, p. 1):

Com esta nova alimentação, porém, os homens fizeram-se independentes do clima e da localidade; seguindo o curso dos rios e as costas a mares, puderam, ainda no estado selvagem, espalhar-se sobre a maior parte da superfície da Terra. Os toscos instrumentos de pedra sem polimento da primitiva Idade da Pedra, conhecidos com o nome de paleolíticos, pertencem todos, ou a maioria deles, a esse período e se encontram espalhados por todos os continentes, constituindo uma prova dessas migrações. O povoamento de novos lugares e o incessante afã de novos descobrimentos, ligados à posse do fogo, que se obtinha pelo atrito, levaram ao emprego de novos alimentos, como as raízes e os tubérculos farináceos, cozidos em cinza quente ou em buracos no chão, e também a caça, que, com a invenção das primeiras armas - a clava e a lança - chegou a ser um alimento suplementar ocasional.

O homem, por intermédio do trabalho, conseguiu descobrir e se conhecer de maneira individual, como também passou a entender que sozinho não poderia sobreviver (LESSA; TONET, 2008).

Desta forma, percebe-se que o trabalho passou a ser fundamental para a descoberta do próprio homem e da evolução da sociedade, já que sem o trabalho o homem permaneceria na mesma condição e situação dos outros animais.

Há de se inferir que, sem sombra de dúvida, o trabalho foi a grande máquina propulsora para beneficiar o descobrimento, crescimento e desenvolvimento do homem. Sem o trabalho, dificilmente o ser humano conseguiria alcançar tantas conquistas.

Mas para galgar e prosperar em suas conquistas, o homem precisava conviver com outros seres da mesma espécie. Realizar sozinhas tarefas como: cultivar alimentos, caçar, dentre outras, era um processo um tanto quanto dificultoso com um desgaste maior e, algumas vezes, sem sucesso.

A ajuda mútua garantia aos pequenos grupos a sobrevivência de sua espécie, conforme Severino (1994, p.150-151):

É uma prática produtiva, o trabalho. É ela que garante aos homens o alimento e demais elementos de que eles precisam para manter sua existência material. Essa é a esfera da vida econômica, o âmbito da produção, efetivada pelos homens pela mediação do trabalho. Mas ao produzir, transformando a natureza para assegurar a sua própria sobrevivência, os homens não estabelecem apenas relações individuais com a natureza. Ao lado dessas relações técnicas de produção, eles vão implementar relações interindividuais, relações de trocas e de intercâmbio entre si. Com efeito, para produzir os meios de produção e os seus bens de sobrevivência, os homens se dividem em várias especializações de trabalho. Opera-se uma *divisão técnica do trabalho*: uns vão plantar, outros vão caçar, outros guerrear, outros ainda comerciar etc.

Essa divisão de tarefas contribuiu gradativamente para tornar o homem um ser social, alguém que passa a dividir os afazeres diários a colaborar com a própria condição de vida (SEVERINO, 1994).

Assim, somente com o trabalho que o homem modifica a natureza, modifica a si mesmo, interage com o seu semelhante e realiza novas descobertas. O trabalho é fonte de riqueza, sabedoria que diferencia

os homens dos animais (SEVERINO, 1994).

A sociedade não é simplesmente a composição de homens, mulheres e seres em geral, mas sim a forma de existir do ser social. Conforme Netto e Braz (2006, p. 37), “[...] a sociedade, e seus membros, constitui o ser social e dele se constitui”.

Tanto os animais quanto os homens têm a sua origem proveniente da natureza. A natureza pode existir sem o homem, mas o inverso não acontece, sem a natureza o homem e todas as espécies teriam pouca, ou, nenhuma possibilidade de sobrevivência. Mas é por meio do trabalho que a grande transformação acontece modificando a natureza e o homem, é também por meio do trabalho que o homem se torna um ser social, ou seja, um ser que compartilha e que reproduz (NETTO; BRAZ, 2006).

Ao longo do tempo, o homem desenvolveu mecanismos para cultivar alimentos, construir moradia, garantindo tudo que era necessário para sua sobrevivência. As mãos primitivas que antes apenas colhiam frutos foram se aperfeiçoando com o passar do tempo, sempre buscando novas facilidades (ENGELS, 2012).

O consumo de carne ao fazer parte do cardápio do homem, também colaborou com o desenvolvimento dos demais órgãos, garantindo a sua evolução. No entanto, estas mesmas mãos que um dia contribuíram para o processo de humanização do homem, acabou fazendo um caminho inverso.

Com o crescimento populacional, a divisão de grupos em comunidades, surge a divisão de tarefas entre estes indivíduos, fazendo nascer uma verdadeira hierarquia de classes. Uns passam a efetivamente trabalhar, enquanto outros somente a comandar. Iniciando o caminho de desumanização do homem por meio do trabalho.

3. A Desumanização do Homem pelo Trabalho

O crescimento e desenvolvimento do homem nasceram por meio do trabalho. Antes mesmo de saber o que e quanto isso significava, o homem já realizava atividades típicas capazes de se autoconstruir.

Mas, com o passar do tempo e com o avanço de várias descobertas, o trabalho deixa de ser uma ferramenta de humanização abrindo espaço para a própria desumanização do homem.

Ademais, com o aperfeiçoamento das técnicas de produção, que facilitaram o crescimento da agricultura, a criação do gado, resultando em um excedente de produção, contribuiu para distanciar aquela comunidade que inicialmente se formou para garantir a sobrevivência do grupo (ASSIS; KUMPEL, 2012).

Com a divisão do trabalho ocorre uma contradição em relação ao interesse individual ou da família isolada e o interesse de todos os indivíduos, essa situação acaba por delimitar a capacidade de atuação de todos os envolvidos na realização de tarefas. O homem passa a não mais dominar as suas atividades, de maneira natural essa divisão de tarefas acarreta a subjugação do homem. (MARX; ENGELS, 2009).

Com a divisão de tarefas dentro do mesmo grupo, alguns homens tem a função de administrar os negócios e cuidar das funções religiosas, aproveitando-se desta situação, estes homens apropriam-se do excedente de produção, bem como das terras mais férteis, acumulando riqueza, impondo-se aos demais,

instaurando uma real desigualdade dentro da comunidade e consequentemente dominação da força de trabalho alheia (ASSIS; KUMPEL, 2012).

Assim, de acordo com Lessa e Tonet (2008, p. 55), surge o antagonismo de classes a consequente dominação da força de trabalho alheia:

A existência desse excedente tornou economicamente possível a exploração do homem pelo homem. Temos aqui a gênese de algo radicalmente novo na história humana. Nas sociedades primitivas, os indivíduos, por mais que divergissem, tinham no fundo o mesmo interesse: garantia a sobrevivência de si e do bando ao qual pertenciam. Com o surgimento da exploração do homem pelo homem, pela primeira vez as contradições sociais se tornam antagônicas, isto é, impossíveis de serem conciliadas. A classe dominante tem que explorar o trabalhador, este não deseja ser explorado.

O trabalho voltado para o desenvolvimento do homem, abriu portas para um novo cenário: onde aqueles que tinham grandes propriedades, passaram em um primeiro momento da história da humanidade escravizando os seus semelhantes, para acumular mais riqueza.

Após a escravidão, o feudalismo tomou conta de um novo cenário, onde os senhores feudais eram os donos das terras e os servos lá trabalhavam para retirar o seu sustento, além de pagar altos impostos para nela poderem produzir.

Com o fim do feudalismo e o desenvolvimento do comércio, surge então duas novas classes sociais: os artesãos e os comerciantes, também conhecidos estes como burguesia. A burguesia traçou uma nova forma de exploração do homem pelo homem, onde o que interessa a ela é tão somente a força de trabalho (LESSA; TONET, 2008).

A burguesia realiza uma total modificação com o homem. Passa a oprimi-lo constantemente, retirando-o do campo para as cidades, modificando totalmente o seu modo de sobrevivência. Conforme Marx e Engels (2003, p. 49).

A burguesia submeteu o campo ao domínio da cidade. Criou cidades enormes, aumentou imensamente a população urbana em relação à rural e arrancou assim uma parte considerável da população do embrutecimento da vida rural. Assim, como subordinou o campo à cidade, subordinou os países bárbaros e semibárbaros aos países civilizados, os povos camponeses aos povos burgueses, o Oriente ao Ocidente. A burguesia suprime cada vez mais a dispersão dos meios de produção, da propriedade e da população. Aglomerou a população, centralizou os meios de produção e concentrou a propriedade em poucas mãos.

Assim, com a Revolução Industrial, o homem deixa de ser o proprietário dos seus meios de produção, realiza tarefas sob o comando alheio recebendo em troca uma contraprestação pecuniária.

A Revolução Industrial passa a ser um verdadeiro marco na história. O surgimento de indústrias, ou seja, de grandes empreendimentos, passa a abrigar um elevado contingente de operários que dependem quase que exclusivamente delas para garantir a sua sobrevivência.

A classe trabalhadora se vê constantemente oprimida por aqueles que detêm os meios de produção. A classe operária permanece pobre em meio a tanta riqueza que rodeia a burguesia e os detentores dos

meios de produção (MARX; ENGELS, 2003).

A expansão da burguesia foi grandiosa, do pequeno comércio local passou ao comércio de toda a Europa, conquistando outros lugares, realizando a Revolução Industrial, amadurecendo as suas classes sociais, quer seja a burguesia e o proletariado. Segundo Lessa e Tonet (2008, p. 65):

Entre os séculos 11 e 18, a burguesia não parou de expandir. Do comércio local passou ao comércio por toda a Europa. Em seguida, descobriu a África, o caminho marítimo para as Índias, as Américas e articulou um mercado mundial. Alguns séculos depois, com base nisso e no constante desenvolvimento das forças produtivas que ele possibilitou, a classe burguesa realizou a Revolução Industrial (1776-1830). Após a Revolução Industrial, a sociedade burguesa atingiu sua maturidade e amadureceram as suas classes fundamentais: a burguesia e o proletariado.

O homem submisso, que antes era explorado e trocado por ser considerado apenas uma mercadoria de pouco valor, agora, é visto aos olhos dos grandes proprietários ainda como um objeto manipulado, sem direito a venda, mas com amplos poderes de alienação da força de trabalho.

Nos tempos mais primitivos, a principal preocupação do homem era se manter e manter o seu bando unido, buscar alimentos, adquirir um espaço para a sua sobrevivência, tão longe estavam eles de imaginar que após, um longo período de tempo, fábricas e indústrias ocupariam um espaço (ENGELS, 2012).

O cultivo de alimentos de maneira primitiva, quer seja, agricultura, pecuária, domesticação de animais realizado somente para um pequeno grupo, foi dando lugar ao crescimento populacional, a expansão de novos continentes, ao desenvolvimento de novas técnicas de produção (ENGELS, 2012).

Todo esse desenvolvimento propiciou não só o aprimoramento físico e mental do homem, mas também a mudança no mundo, que resulta basicamente do trabalho. O homem se descobriu através do trabalho, tanto é que qualquer movimento de modificação externo que ele realiza retoma-se ao trabalho (ENGELS, 2012).

Mas toda essa descoberta, intensificou a exploração do homem, a classe dominante criou instrumentos essenciais de repressão: o Estado e o Direito. Na classe primitiva não existia o Estado, pois a autoridade era baseada na idade, sabedoria, não havia leis bastava os costumes e as tradições para organizar a sociedade (LESSA; TONET, 2008).

A maior consequência de tudo isso foi a centralização por meio da política, a criação de leis, de um Estado de barreiras alfandegárias que fortaleceram gradativamente a burguesia (MARX; ENGELS, 2003).

Para as classes dominantes, o Estado e o Direito foram armas criadas e utilizadas como forma no caso daquela de poder político baseada em instrumentos repressivos como exército, polícia, já em relação ao Direito na criação de leis para organizar a base da propriedade privada, uma vez que uns possuíam a propriedade e outros apenas a força de trabalho (LESSA; TONET, 2008).

Conquanto, a partir do momento que a força do trabalho humano não possa mais ser convertida em dinheiro, ela deixa de ter importância, passando até mesmo ao seu estágio de abolição, pois de nada servirá para os que dela se apropria e que dela depende exclusivamente para conquistar melhores terras, melhor

mercado, dominar a força de trabalho (MARX; ENGELS, 2009).

No entanto, essa força de trabalho que contribui para a manutenção da burguesia é visto pelo comunismo como forma de opressão. Conforme Marx e Engels (2003, p. 62):

Desde o momento que o trabalho não pode ser mais transformado em capital, dinheiro, renda da terra – em poucas palavras, numa potência social capaz de ser monopolizada -, isto é, desde o momento em que a propriedade pessoal não pode mais se transformar em propriedade burguesa, dizeis que o indivíduo está abolido. [...] O comunismo não priva ninguém do poder de se apropriar dos produtos sociais; o que faz é eliminar o poder de subjugar o trabalho alheio por meio dessa apropriação.

À medida que a burguesia conseguia se desenvolver, o proletariado também. Mas enquanto aquela conquistava mais terras, mais poder, mais fábricas, estes vendiam sua força de trabalho em troca de salário, com pouco ou nenhum valor, sendo um mero acessório da máquina que se modificava com o tempo. Vejamos Marx e Engels (2009, p. 52):

O desenvolvimento da maquinaria e a divisão do trabalho levam o trabalho dos proletariados a perder todo caráter independente e com isso qualquer atrativo para o operário. Esse se torna um simples acessório da máquina, do qual só se requer a operação mais simples, mais monótona, mais fácil de aprender. Em decorrência, as despesas causadas pelo operário reduzem-se quase exclusivamente aos meios de subsistência de que necessita para sua manutenção e para a reprodução de sua espécie. Mas o preço de uma mercadoria e, portanto, o do trabalho, é igual ao seu custo de produção. Logo, à medida que aumenta o tédio do trabalho, diminui o salário. Mais ainda: à medida que cresce também a maquinaria e a divisão do trabalho, cresce também a massa de trabalho, quer através do aumento das horas de trabalho, quer através do aumento do trabalho exigido num certo tempo, quer através da aceleração da velocidade das máquinas, etc.

O individualismo da burguesia aniquila a relação entre o indivíduo e a sociedade, o homem é utilizado para aumentar a riqueza do burguês. Aqui os interesses individuais são colocados acima do interesse da coletividade, o operário não passa de instrumento de trabalho, sempre garantindo a plenitude da burguesia (LESSA; TONET, 2008).

O capitalismo representa uma porção da sociedade, onde fábricas, terras, meios de produção estão concentradas nas mãos de uma minoria de capitalistas e latifundiários e o povo com praticamente, ou, sem nenhuma propriedade, sendo obrigado a trabalhar para eles em troca de salário (NETTO; BRAZ, 2006).

A produção capitalista funda-se na exploração do trabalho alheio, comprando a força de trabalho e a utilizando por um determinado tempo. O capitalista sempre compra essa força de trabalho objetivando ter um lucro superior ao valor empregado para aquisição dessa mão de obra. Assim, Netto e Braz (2006, p. 100, grifos do autor) aduzem que:

Pois bem: o capitalismo compra a força de trabalho dos trabalhadores pelo seu valor, paga-lhes um salário que corresponde ao valor de sua produção. Até aqui, como se verifica, não há diferença significativa entre a compra, pelo capitalista, de meios de produção e força de trabalho – a diferença se marcará na *utilização*

capitalista da força de trabalho: aí se revelará a peculiaridade da força de trabalho, aquilo que faz dela uma mercadoria *especial*. Com efeito, comprando a força de trabalho do proletário pelo seu valor, o capitalista tem o direito de dispor do seu valor de uso, isto é, de dispor de sua capacidade de trabalho, capacidade de movimentar os meios de produção. Mas a força de trabalho possui uma *qualidade única*, um traço que a distingue de todas as outras mercadorias: **ela cria valor - ao ser utilizada, ela produz mais valor que o necessário para reproduzi-la, ela gera um valor superior ao que custa**. E é justamente aí que se encontra o segredo da produção capitalista: **o capitalista paga ao trabalhador o equivalente ao valor de troca de sua força de trabalho e não o valor criado por ela na sua utilização (uso) – e este último é maior que o primeiro**. O capitalista compra a força de trabalho pelo seu valor de troca e se apropria de todo o seu valor de uso.

Dessa forma, o capitalismo se resulta na exploração dos trabalhadores, no acúmulo de capital, o operário passa a ser uma nova forma, um tanto quanto barato, de garantir esta situação.

Advoga-se que a prosperidade humana se reporta ao trabalho como forma de desenvolvimento e não alienação. Mas a Revolução Industrial ratificou essa nova forma de modificar o homem, deixando-o com pouca ou sem nenhuma escolha de sobrevivência.

De acordo com Gallo (2009, p. 47), a palavra alienação significa “ tornar-se estranho a si próprio. Deriva do latim *alienare*, *alienus*, que significa que pertence a um outro. A pessoa alienada, de certa forma, não se reconhece em suas atividades, essas atividades constituem uma ação automática, não reflexiva, não criativa”.

O resplendor da Revolução Industrial demonstra essa forma de alienação, onde os operários possuem jornada de trabalho exaustiva, com precárias instalações do local da prestação de serviço, salários baixos, contratação de mão de obra barata de crianças e mulheres (ARANHA; MARTINS, 2009).

De acordo com Gallo (2009, p. 47-48), em qualquer setor da indústria o homem é visto como uma mercadoria alienável:

Em todo o trabalho moderno, seja nas indústrias, seja no setor de serviços, constatamos o fenômeno da alienação. Ela começa na própria produção. Um bom exemplo, mas que poderia acontecer em qualquer tipo de fábrica, é o da indústria automobilística: o operário é contratado para executar uma única tarefa do dia todo. Cada trabalhador, ou grupos de trabalhadores, executa uma tarefa específica, não interferindo em outro setor produtivo. Esse é o modo de produção capitalista moderno, baseado na divisão social do trabalho: muitos executam o trabalho braçal, sendo que este é dividido em dezenas de etapas, e poucos executam o trabalho teórico, de organizar burocraticamente a produção. Nesse processo a alienação acontece porque o trabalhador não domina todo o processo produtivo, mas apenas uma parte dele. [...]. O operário produz, mas não sabe produzir; não vê o produto como criação sua; o operário não se enxerga no produto. Numa indústria, o trabalhador não determina as horas a serem trabalhadas, nem o ritmo do trabalho, nem o que e como produzir, nem as roupas a serem usadas; tudo é exterior ao homem tudo está predeterminado. Na produção, o trabalhador ocupa um lugar preciso e se comporta de um modo predeterminado. Todos os seus movimentos já estão previstos pela função a ser executada. A vida humana aqui é negada, pois torna o homem submisso, sem criatividade, impede-o de usar exatamente aquilo que o diferencia dos animais: sua capacidade intelectual.

De acordo com Karl Marx (apud ARANHA; MARTINS, 2009, p. 69), “a pessoa deve trabalhar para si, no sentido de que deve trabalhar para fazer a si mesma um ser humano. O que não significa trabalhar sem compromisso com os outros, pois todo trabalho é tarefa coletiva e, como tal, visa ao bem comum”.

No processo de alienação, o homem deixa de identificar-se com aquilo que produz, pois o produto não lhe pertence. O homem para se identificar em sua obra deve permanecer com ela e não transferi-la para outro homem, senão perde o seu principal elemento, a criatividade (COTRIM, 2006).

Segundo Aranha e Martins (2009, p. 70), o homem ao vender sua força de trabalho em troca de salário acaba se transformando em mercadoria caminhando para o seu processo de desumanização:

No novo contexto capitalista, ao vender sua força de trabalho mediante salário, o operário também se transforma em mercadoria. Ocorre então o que Marx chama de *fetichismo da mercadoria e reificação do trabalhador*. O **fetichismo** é o processo pelo qual a mercadoria, um ser inanimado, adquire “vida” porque os valores de troca tornam-se superiores aos valores de uso e passam a determinar as relações humanas, ao contrário do que deveria acontecer. Desse modo, a relação entre produtores não se faz entre eles próprios, mas entre os produtos do seu trabalho. Por exemplo, não são relações entre alfaiate e carpinteiro, mas entre casaco e mesa, que são equiparados conforme uma medida comum de valor. A **reificação** (do latim *res*, “coisa”) é a transformação dos seres humanos em coisas. Em consequência, a “humanização” da mercadoria leva à desumanização da pessoa, à sua coisificação, isto é, o indivíduo é transformado em mercadoria.

O homem ao vender sua força de trabalho em troca de salário, deixa de se transformar e ser transformado, passa a ser um mero instrumento de dominação para aqueles que detém os meios de produção, assim transferindo para eles o que tem de mais importante: a sua capacidade de criação.

Desta maneira, o homem não se identifica com o que faz, pois a partir do momento que adentra em uma fábrica para laborar, executa tarefas sob o comando de alguém, durante todo aquele período que lá permanece, não possui características próprias, deixa de ser um ser pensante, deixa de se humanizar, passando a se desumanizar.

O operário dentro de uma fábrica é visto como uma máquina, não possui botões pra ser ligado ou desligado, mas durante aquele tempo que permanece lá dentro realizando tarefas, repete exaustivamente os mesmos movimentos e ao findar sua jornada de trabalho não percebe qualquer modificação pessoal, continua a ser o mesmo desde o início, até o final do dia.

Assim, o mesmo homem que utiliza o trabalho para alcançar a sua humanização, transformando-se, modificando a natureza e o mundo, aproveita-se do mesmo instrumento, para manipular o seu semelhante e de maneira inversa trilhar o caminho de desumanização da sua espécie, transformando os demais em simples objetos mecanizados.

4. Considerações Finais

O trabalho é a forma de crescimento e desenvolvimento tanto do homem quanto da humanidade. Sem dúvida, o homem se fez por meio do trabalho.

A partir do momento em que o homem descobriu que podia realizar movimentos distintos com o corpo, ele já conseguia se modificar. A descoberta do fogo, da caça, a domesticação de animais, a introdução de carne na alimentação trouxe um ponto importante para a sua manutenção e sobrevivência, pois passou a se estabelecer em um determinado lugar formando uma comunidade, um convívio social.

O convívio em sociedade acarretava uma divisão de tarefas, cada homem tinha uma função distinta dentro da comunidade preservando e dando continuidade em suas atividades e na espécie, além de aprimoramento dos meios de produção.

Com o aumento da produção surge um excedente, bem como a cobiça de alguns do grupo que passam a se apropriar de terras mais férteis, aproveitando-se da função que ocupam, desde já submetendo o seu semelhante a uma forma de escravidão.

A escravidão foi ao longo do tempo assumindo formas diferentes, em princípio o homem era uma mercadoria que poderia ser vendida a qualquer preço e a qualquer um, sem direito de escolher o seu próprio destino.

Aparentemente, com a Revolução Industrial, os trabalhadores passam a assumir uma postura menos humilhante na sociedade, com alguns direitos, mas ainda submisso ao alvedrio dos capitalistas.

O homem ao trabalhar para outrem não se identifica com aquilo que faz, mas meramente recebe comandos do que deve fazer. O homem tem que produzir para si, isso não significa que ele não possa compartilhar de sua produção com os demais, deve fazê-la mais de forma igualitária.

Assim, o homem ao trabalhar para outrem em troca de salário, permanece em uma condição de subjugação, sendo constantemente oprimido em sua própria evolução e submetido a uma condição diversa daquela almejada pelo processo de desenvolvimento humano.

5. Referências

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. 4. ed. São Paulo: Moderna, 2009.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia**: história e grandes temas. São Paulo: Saraiva, 2006.

ENGELS, Friedrich. **Sobre o papel do trabalho na transformação do macaco em homem**. (1876). Versão para eBook. Disponível em: <www.forumeja.org.br/sites/forumeja.org.br/files/F-_ANGELS.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2012.

GALLO, Sílvia (Coord.). **Ética e cidadania**: caminhos da filosofia. 11. ed. São Paulo: Papirus, 2003.

LESSA, Sérgio; TONET, Ivo. **Introdução a filosofia de Marx**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**: Feuerbach – a contraposição entre as cosmovisões materialista e idealista. Vol.1. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção Obra-Prima de cada Autor)

_____. **Manifesto do partido comunista**: texto integral. Vol.44. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Coleção Obra-Prima de cada Autor)

NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. **Economia política**: uma introdução crítica. Vol.1. São Paulo: Cortez, 2006. (Biblioteca Básica de Serviço Social, vol.1)

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Filosofia**. São Paulo: Cortez, 1994.

O PSICOPATA HOMICIDA SOB O PRISMA DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Fábio Rocha Caliari¹
Yandiara Maria Costa da Silveira²

RESUMO: O presente artigo visa traçar linhas a respeito do Psicopata Homicida – Serial Killer. A pesquisa partiu de abordagens na seara do direito penal, da psiquiatria e psicologia. O direito não é uma ciência autossuficiente, dessa forma, a ciência da saúde mental é extremamente importante para o Direito Penal. O tema é extremamente importante, possui grande relevância jurídica e social, haja vista que não é um assunto pacífico, nem mesmo na esfera da Psiquiatria Forense. No contexto histórico brasileiro houve e ainda há crimes bárbaros, na qual o acusado pratica o delito de uma forma totalmente cruel, sem compaixão e emoção, pelo simples prazer de ver o sofrimento de suas vítimas. A pesquisa visa esclarecer o perfil e classificação do psicopata, bem como sua responsabilidade penal sob o prisma do Código Penal Brasileiro.

PALAVRAS CHAVE: Psicopata Homicida - Responsabilidade Penal - Serial Killer.

INTRODUÇÃO

No contexto histórico Brasileiro deparamos constantemente com crimes bárbaros, na qual o acusado pratica o delito de uma forma totalmente cruel, sem compaixão e emoção. Diante desses fatos, a ciência da saúde mental é uma grande aliada da ciência criminal, haja vista que há casos em que se torna necessário à comprovação do estado mental do indivíduo em função da aplicação da sanção penal adequada.

Quando se fala em psicopata, a sociedade associa a imagem de Serial Killer, homicidas cruéis e torturadores, entretanto, isso não constitui o padrão. O psicopata pode estar na empresa; manifestando-se em furtos; destruindo patrimônio público ou mesmo na família, praticando violência contra conjugue e filhos. São seres manipuladores, frios e calculistas, que utilizam a mentira, a promiscuidade, entre outros, a fim de obter aquilo que desejam momentaneamente, independentemente do sofrimento alheio.

Vale realçar que nem todo psicopata é criminoso e nem todo criminoso é um psicopata, assim como nem todo serial killer é um psicopata ou vice e versa. Ademais, todos têm uma ideia equivocada sobre a real classificação desses indivíduos, uma vez que a maioria os enxergam como loucos e doentes mentais, todavia, esse senso comum não condiz com a realidade do psicopata. O CID-10 (Classificação Internacional de Doenças) e o DSM (*Diagnostic and Statistical manual of mental Disorders*) classificou a psicopatia como transtorno de personalidade antissocial, que não configura nenhuma doença mental.

Classificar os réus como psicopatas é um grande desafio para a ciência criminal e não é uma tarefa de sua alçada, é por isso que existe a Psiquiatria Forense para proceder à perícia de imputabilidade e

¹ Advogado, Assessor Jurídico, Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática Jurídica pelo Centro Unificado de Educação Barretos. Professor de Direito Penal no Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro/SP - IMESB. Especialista em Processo Civil pelo Centro Unificado de Educação Barretos e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP. Coordenador do Projeto OAB vai à Escola, 87ª. Subseção da OAB - Bebedouro/SP, Bebedouro/SP. Possui graduação em Direito pela Fundação Educacional de Barretos.

² Discente da V Turma do curso de Direito da Faculdade Barretos

consequentemente auxiliar o Magistrado através de laudo pericial atestando as características psíquicas do examinando.

Mas afinal, a lei vigente está sendo eficaz no tocante à responsabilização do psicopata criminoso? A política criminal utilizada está atingindo o resultado esperado? É percebido que não há uma legislação específica que trata desses indivíduos. Nota-se tamanha defasagem do texto legal vigente, e, além disso, está ultrapassado, uma vez que mesmo diante dos inescrupulosos fatos ocorridos no Brasil, ainda não há uma disposição específica que versa sobre os crimes praticados por seres tão perigosos como os psicopatas, em especial os homicidas.

CONCEITO

A psicopatia possui vários conceitos, de diferentes renomados psiquiatras e psicólogos, entretanto, todos eles obtêm a mesma substância. Todavia, os profissionais das ciências criminais, da psicologia e da medicina, ainda encontram dificuldade em conceituar a “psicopatia”, devido à falta de um diagnóstico preciso.

O conceito da psicopatia será dividido em duas vertentes para melhor entendimento, o conceito de acordo com a descrição clínica e o conceito de acordo com a etiologia.

Vejamos que o conceito de psicopatia e as características clínicas dos psicopatas parece confundirem-se³. Iniciando pelos conceitos da descrição clínica, na lição de Michel H. Stone, professor universitário da *Columbia University College of Physicians and Surgeons*, os psicopatas são considerados indivíduos anormais pelas seguintes razões:

Pessoas que carecem da capacidade de entender as emoções dos outros ou, ainda pior, que reconhecem, mas não se comovem com a tristeza dos outros, são consideradas anormais e recebem rótulos, tais como “incapacidade de aprendizagem social-emocional” ou “psicopata”.⁴

Vicente Garrido entende a psicopatia como uma ruptura com os códigos morais existentes. Assim aduz o autor: “Na vida cotidiana do psicopata estão ausentes as mínimas habilidades que lhe permitem estabelecer uma relação sincera, previsível e plenamente humana”.⁵

Já Hervey Cleckley, em sua obra “*The mask of sanity*” – no português “A máscara da sanidade”, conceituou da seguinte forma:

O psicopata mostra a mais absoluta indiferença diante dos valores pessoais e é incapaz de compreender qualquer assunto relacionado a esses valores. Não é capaz de se interessar minimamente por questões (...) como a tragédia, a alegria ou o esforço da humanidade em progredir. Também, não cuida dessas questões na vida diária. A beleza e a feiúra, exceto em nível bem superficial, a bondade, a maldade, o amor, o horror e o humor não tem um sentido real, não constituem nenhuma motivação para ele. (...) É como se fosse cego às cores, apesar da sua aguda inteligência para os aspectos da existência humana.⁶

³ ABREU, Michele Oliveira de. Da imputabilidade do psicopata. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 6.

⁴ Id., Ibid., p. 8.

⁵ Id., ibid., loc. cit.

⁶ Id. Ibid., loc. cit. p. 8.

Diante dos conceitos clínicos apresentados, é notória a importância da descrição comportamental do indivíduo para a realização do diagnóstico do mesmo, embora a análise comportamental, por si só, não é suficiente.

Partindo para o conceito etiológico da psicopatia, o Dicionário Enciclopédico da Psicologia a considerou como “perturbação permanente da personalidade” caracterizada, essencialmente, pela prática de comportamentos antissociais impulsivos que não geram habitualmente sentimento de culpa(bilidade) no sujeito.⁷

O dicionário de Psicologia da Associação Americana de Psicologia apontou o seguinte conceito de psicopatia:

Um traço de personalidade marcado por egocentrismo, impulsividade e falta de emoções como culpa e remorso, que é particularmente prevalente entre os criminosos reincidentes diagnosticados com transtorno de personalidade antissocial.⁸

O perfil comportamental do psicopata foi traçado da seguinte forma, conforme o dicionário de Psicologia da Associação Americana de Psicologia:

“O psicopata é um indivíduo impulsivo, irresponsável, hedonista, “bidimensional”, carente de capacidade de experimentar os componentes normais do comportamento interpessoal, como por exemplo, culpa, arrependimento, empatia, afeição, interesse autêntico pelo bem-estar de outrem. Embora muitas vezes possa imitar emoções normais e simular apegos afetivos, suas relações sociais e sexuais com outras pessoas continuam superficiais e exigentes. Sua capacidade de juízo é limitada; ele parece incapaz de adiar a satisfação de necessidades momentâneas, não importando as consequências para si e para os outros. Está sempre em apuros, tentando livrar-se das dificuldades, ele cria com frequência uma rede complicada e contraditória de mentiras e racionalizações, ligadas a explicações teatrais e às vezes convincentes, expressões de remorsos e promessas de mudar. Muitos psicopatas são rapinantes calejados e são agressivos; outros, ao contrário, são típicos parasitas, ou manipuladores passivos, que se fiam em condições de loquacidade, atratividade artificial, e em sua aparência de desamparo para conseguir o que desejam”.⁹

Segundo o Psicólogo Canadense Robert Hare, um dos maiores estudiosos sobre o assunto: “O Psicopata é como o gato, que não pensa no que o rato sente, se o rato tem família, se vai sofrer. (...) A vantagem do rato sobre as vítimas do psicopata é que ele sempre sabe quem é o gato”.¹⁰

Como podemos ver, todos os conceitos nos remete a ideia de que o indivíduo diagnosticado como psicopata, é um ser imoral que segue suas próprias regras, violando direito alheio a fim de obter o que deseja. São desprovidos de remorso, culpa, e qualquer sentimento que resulta em reprovação de suas próprias ações.

⁷ABREU, Michele Oliveira de.op. cit. p. 11.

⁸Id. ibid. p. 7.

⁹ABREU, Michele Oliveira de. op. cit. p. 9-10.

¹⁰VEJA. Psicopatas no divã. São Paulo: Abril. p. 17, 1º de abril de 2009. P. 19.

CLASSIFICAÇÃO

A psicopatia não é uma doença mental, tendo o diagnóstico bem próximo ao de transtorno de personalidade antissocial. Entretanto, ainda é um desafio para a ciência médica, uma vez que ainda não há conclusões definitivas sobre sua origem, desenvolvimento e tratamento.

A expressão transtorno mental, adotada em lugar de “doença”, acompanha o critério da CID-10: “o desvio ou conflito social sozinho, sem comprometimento do funcionamento do indivíduo, não deve ser incluído em transtorno mental”.¹¹

Segundo Elias Abdalla-Filho:

Os transtornos de personalidade podem ser diferenciados das doenças mentais por sua natureza duradoura, com uma constância das manifestações clínicas e comportamentais, e por representarem extremos de uma variação de personalidade que provoca um desajuste do indivíduo no meio em que ele está inserido, mais do que propriamente pela incidência de um processo patológico em um determinado momento da vida do indivíduo.¹²

“Seus atos criminosos não provêm de uma mente doentia, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar as pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos”.¹³

Em entrevista a revista *Época*, a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa da Silva explicou a diferença do psicopata e o doente-mental (psicótico):

[...] o psicopata não é um doente mental da forma como nós o entendemos. O doente mental é o psicótico, que sofre com delírios, alucinações e não tem ciência do que faz. Vive uma realidade paralela. Se matar, terá atenuantes. O psicopata sabe exatamente o que está fazendo. Ele tem um transtorno de personalidade. É um estado de ser no qual existe um excesso de razão e ausência de emoção. Ele sabe o que faz, com quem e por quê. Mas não tem empatia, a capacidade de se pôr no lugar do outro.¹⁴

O CID-10 (Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde) define o termo transtorno específico da personalidade como uma perturbação grave da constituição caracterológica e das tendências comportamentais do indivíduo, não diretamente ligada a uma doença, lesão ou outra afecção cerebral ou a outro transtorno psiquiátrico e que geralmente envolve várias áreas da personalidade, sendo quase sempre associado à considerável ruptura pessoal e social.¹⁵

Segundo o DSM IV (*Diagnostic and Statistical manual of mental Disorders*) o conceito de Psicopatia leva as seguintes características: “Padrão invasivo de desrespeito e violação dos direitos dos outros, que inicia na infância ou começo da adolescência e continua na idade adulta”.¹⁶

¹¹ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. op. cit. p. 95.

¹² TABORDA, José G. V.; ABDALA FILHO, Elias; CHALUB, Miguel. *Psiquiatria Forense*. 2. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 433.

¹³ SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes perigosas*. 2. Ed. São Paulo: Globo, 2014. p. 38

¹⁴ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Psicopatas não sentem compaixão*. Revista *Época*. Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/revista/epoca/0,,emi15657-15295,00-ana+beatriz+barbosa+silva+psicopatas+nao+sentem+compaixao.html>> Acesso em: 04 set. 2014.

¹⁵ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. op. cit. p. 363.

¹⁶ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. op. cit. p. 107.

O Manual Estatístico de Diagnóstico de Doenças Mentais da Associação Americana de Psiquiatria passou a denominar esse quadro clínico de Reação Antissocial e a descrevê-lo da seguinte forma:

Esse termo se refere a indivíduos cronicamente antissociais, e que estão em dificuldades, não tirando proveito nem da experiência e nem das punições sofridas e não mantendo lealdade real a qualquer pessoa, grupo ou código. São frequentemente empedernidos e hedonistas, mostrando acentuada imaturidade emocional, com falta de senso de responsabilidade, falta de tirocínio e habilidade de racionalizar sua conduta de modo que ela pareça justificável e razoável.¹⁷

A Psicopatia não é um tipo de doença mental e sim uma anormalidade psicoemocional e comportamental. São indivíduos egocêntricos que apresentam ausência de sentimentos de culpa, de remorso e empatia, são pessoas que praticam o mal aos outros pelo simples prazer de perceber a dor física e psicológica da vítima. Para a Psiquiatria Forense os transtornos de personalidade são considerados como uma perturbação da saúde mental.

Embora as nomenclaturas causem certa confusão, não podemos confundir o psicopata com o psicótico, haja vista que este sofre delírios e alucinações, enquanto àquele não sofre quaisquer sofrimentos psicológicos, possuindo plena capacidade de entendimento sobre o delito que está praticando.

Segundo a Classificação norte-americana de transtornos mentais (DSM-IV-TR), a prevalência geral do transtorno de personalidade antissocial ou psicopatia é de cerca de 3% em homens e 1% em mulheres.¹⁸

A compreensão da psicopatia está a cada dia que passa mais relevante para a psicologia forense. Para Hemphill e Hare (2004) a psicopatia é o constructo mais importante no sistema de justiça criminal, sendo de fundamental importância para a psicologia forense.

DIREITO PENAL

Politicamente falando, o Direito Penal é um conjunto de normas legais, que serve como ferramenta para que o Estado exerça o controle social através do seu poder punitivo, o chamado *ius puniendi*. É através da aplicação das sanções penais previstas em lei que o Estado exerce seu controle, digamos que é uma resposta estatal em relação aos delitos praticados.

Direito Penal é o ramo legal que protege bens jurídicos de interesse individual e da coletividade. Os bens jurídicos tutelados pelo direito penal são indispensáveis e indisponíveis. Segundo a doutrina eles se dividem em individuais, coletivos e estatais. Àqueles pertencentes à classe dos individuais são a vida, a integridade física, a honra, a liberdade e o patrimônio; os coletivos são a incolumidade pública, o meio ambiente, a fé pública e a paz pública; já os Estatais são a administração da justiça, a soberania, a ordem pública e econômica.

O poder Estatal de punição, “*ius puniendi*”, não é absoluto, há limites que norteiam esta ação do Estado, estabelecidos no texto legal para que o mesmo, através do Poder Judiciário, não abuse de seu

¹⁷MARANHÃO, Odon Ramos. Psicologia do Crime.op. cit. p. 80.

¹⁸SILVA, Ana Beatriz B. Mentres perigosas. 2. Ed. São Paulo: Globo, 2014. p. 56.

poder julgando de forma arbitrária as ações e omissões típicas e antijurídicas praticadas por membros da sociedade.

TEORIA DO CRIME

Crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal. Sua essência é a *ofensa ao bem jurídico*, pois toda norma penal tem por finalidade sua tutela.¹⁹

É possível considerar o delito como fator social, verificar suas condicionantes e suas consequências na relação social em que se vê inserido, é possível considerá-lo a partir de uma perspectiva criminológica dentro da ideia dos processos de criminalização, observando o modo pelo qual se determina o que vai ser crime e como reage o sistema penal ao fato concreto que se pretende incriminar.²⁰

Sem a conduta proibitiva, seja ela uma ação ou omissão, não há delito. Assim teceu Busato:

A ação positiva ou negativa estabelece, portanto, um limite negativo em relação à existência do delito. Onde não há ação ou omissão jamais haverá delito, porque não é razoável punir alguém que nada fez. Não se castiga penalmente ninguém pelo que é, apenas pelo que faz.²¹

Assim, Busato acrescenta que a existência de uma ação ou omissão, para que seja merecedora de intervenção penal, tem que reproduzir um resultado reprovável e contrário à moral, resultado este que lesa um ou mais bens jurídicos penalmente tutelados.²²

Para Hegel, crime é a “violência exercida pelo ser livre, que lesa a existência da liberdade em seu sentido concreto, que lesa o direito como tal”.²³ Jakobs classifica o crime como a “ação intolerada socialmente”.²⁴

Durkheim afirmou, através de seus estudos sociológicos a respeito do delito, que o crime não é um comportamento patológico, mas sim um comportamento normal em toda a sociedade.²⁵

No sistema funcionalista, os elementos do crime resume-se em 1. Fato típico; 2. Antijurídico e 3. Culpabilidade.

a) Fato Típico

Fato típico é toda ação ou omissão adequada ao modelo legal, ou seja, condutas legalmente previstas como proibitivas.

“A ação humana, para ser criminosa, há de corresponder objetivamente à conduta descrita na lei, contrariando a ordem jurídica e incorrendo seu autor no juízo de censura e reprovação”.²⁶

¹⁹NORONHA, E. Magalhães. op. cit. p. 27

²⁰Id., Ibid., p. 58

²¹BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 208.

²²Id., ibid., loc. cit.

²³Id., ibid., p. 218.

²⁴Id., ibid., p. 245.

²⁵Id., ibid., p. 237

²⁶NORONHA, E. Magalhães. op. cit. p. 97.

Para ser crime, é mister ser típica a ação ou omissão, isto é, deve a atuação do sujeito ativo do delito ter tipicidade, estar previsto em lei como ação ou omissão proibida. Esta é a descrição da conduta humana feita pela lei ecorrespondente ao crime. Na sua integralidade, compõe-se do núcleo, designado por um verbo (matar, subtrair, seduzir etc.).²⁷

Não basta apenas a conduta, deve haver uma relação entre ela e o resultado, isto é, o chamado nexos causal. O nexos causal situa-se entre a ação e o resultado, tendo ação do agente um resultado.

No caso do homicídio, em que o agente atira na vítima, temos uma conduta (atirar), e um resultado (morte), e o nexos causal entre a conduta e o resultado, pois a vítima veio a falecer em virtude dos ferimentos produzidos pelo tiro. Todos esses elementos juntos se amoldam à definição legal do crime de homicídio, previsto no art. 121 do CP.²⁸

É a ação o primeiro momento objetivo ou material do delito. Sem ela, este não existe. Dá-lhe corpo e, não raro, é somente ela que o revela no mundo exterior. Compreende a ação propriamente dita, em sentido estrito ou positivo, e a omissão ou ação negativa. Ambas são comportamento humano, importando em fazer ou não fazer.

Não há crime sem prévia cominação legal, ou seja, as condutas humanas descritas no código penal brasileiro, quando contrariadas, os agentes recebem como resposta do Estado uma sanção, prevista no próprio código penal para cada delito, como forma de combate à criminalidade.

b) Antijuridicidade

A conduta é antijurídica ou ilícita quando é contrária ao Direito. A antijuridicidade exprime uma relação de oposição entre o fato e o direito.²⁹

Todavia, Busato assevera que a antijuridicidade deixa de representar uma mera contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico e também parece associada a critérios sociais, relacionados com o seu potencial de lesividade.³⁰

Mezger diz que consciência da antijuridicidade é o conhecimento profano do caráter proibido do ato. Asúa, repetindo esses dizeres, lembra-nos que sabemos o que seja um automóvel sem conhecermos mecânica; o que seja pneumonia sem conhecimentos de medicina; logo devemos saber o que é antijurídico sem conhecermos o direito.³¹

Nem todo fato típico é antijurídico, isto se dá quando o agente, mesmo tendo praticado um fato típico faz jus a alguma causa excludente de antijuridicidade, ou ilicitude.

c) Culpabilidade

Culpabilidade é a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de um delito.

²⁷Id., *ibid.* p. 99

²⁸SILVA, José Geraldo da. *op.cit.* p. 140.

²⁹NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. p. 98.

³⁰BUSATO, Paulo César. *op. cit.* p. 227.

³¹NORONHA, E. Magalhães. p. 137.

Digamos que culpabilidade é o juízo de reprovação exercido sobre o agente ativo da ação penal, isto é, aquele que praticou fato típico e ilícito.

Após a análise do fato típico e da antijuridicidade que o elemento da culpabilidade é analisado. São três os elementos da culpabilidade, sendo eles a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Após toda avaliação no que tange aos elementos da culpabilidade, possuindo uma resposta diante desta análise, toma-se o caminho da responsabilização ou não do agente. Se o mesmo faz jus a algumas das excludentes dos elementos apresentados acima, dá-se por inimputáveis, isto é, não responsáveis pelo delito do caso concreto, obtendo como sanção a medida de segurança para tratamento psiquiátrico.

Quanto à semi-imputabilidade, pode ser aplicada a medida de segurança ou o tratamento ambulatorial, bem como a diminuição da pena, sendo esta, uma faculdade do Magistrado.

Somente após apreciar a existência do fato típico, no qual se inclui o nexo causal entre a conduta e o evento, é o que fará juízos de valor sobre a ilicitude e a culpabilidade.³²

Verificando-se o fato típico, analisa-se a ilicitude do fato, e a partir de então, a culpabilidade, ou seja, a responsabilização do autor. A culpabilidade não é elemento do crime. O dolo e a culpa, bem como a ilicitude da ação ou omissão são pressupostos analisados fora e anterior à culpabilidade.

Culpabilidade é a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de um delito. Digamos que culpabilidade é o juízo de reprovação exercido sobre o agente ativo da ação penal, isto é, aquele que praticou fato típico e ilícito.

No que se refere à função da culpabilidade, a teoria de Jakobs trilha pela caracterização da motivação do autor, assim, Jakobs entende que quando “há um déficit de motivação jurídica, deve-se castigar o autor”.³³

A culpabilidade do autor não analisa o fato em si, em função da sua gravidade, e sim o próprio autor do delito, quanto ao seu estilo de vida, caráter, personalidade, conduta social, antecedentes e o motivo que o levou a cometer tal infração penal.

Já a culpabilidade do fato, a reprovação se dá em função da gravidade do delito, de acordo com a vontade do agente.

Sem culpabilidade não pode haver pena (*nullapoenasine culpa*), e sem dolo ou culpa não existe crime (*nullumcrimensine culpa*).

São três os elementos da culpabilidade, sendo eles a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

c.1) Imputabilidade

A imputabilidade é a capacidade de entendimento do agente ativo do delito em relação ao fato ilícito e antijurídico. Além do mais, o agente tem que determinar-se de acordo com este entendimento. Podemos dizer que é a vontade livre e consciente do agente.

A imputabilidade vem a ser a capacidade de culpa de ser culpado. A pessoa

³²JESUS, Damásio de. Direito Penal: parte especial. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 54-55.

³³BUSATO, Paulo César. op. cit. p. 246

humana deve ter um mínimo de condições que a torne capaz de entender a proibição de norma e de condicionar seu comportamento de acordo, segundo a lei brasileira – capacidade de entender o ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. Em suma, as condições citadas são de saúde mental e maturidade psíquica.³⁴

Imputabilidade é o conjunto de requisitos pessoais que conferem ao indivíduo capacidade para que, juridicamente, lhe possa ser atribuído um fato delituoso. (...) Ser imputável é ser capaz de compreender a ilicitude do fato e querer praticá-lo.³⁵

A imputabilidade carrega consigo dois aspectos a ser analisado, o aspecto intelectual, que consistente na capacidade de entendimento, e o aspecto volitivo, que é a faculdade de controlar e comandar sua própria vontade. Segundo Fernando Capez: “Faltando um desses elementos, o agente não será considerado responsável pelos seus atos”.³⁶

O aspecto volitivo resume-se na vontade do agente de praticar determinado ato ilícito, sendo um ato voluntário. Observando a letra fria do artigo 26 do Código Penal, que trata da imputabilidade, podemos identificar tanto o aspecto intelectual, quanto o volitivo, respectivamente. Vejamos: Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (grifo nosso).

É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de intelecção sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento. Na precisa síntese de Welzel, a capacidade de culpabilidade apresenta dois momentos específicos: um “cognoscivo ou intelectual” e outro “de vontade ou volitivo”, isto é, a capacidade de compreensão do injusto e a determinação da vontade conforme ao sentido, agregando que somente ambos os momentos conjuntamente constituem, pois, a capacidade de culpabilidade.³⁷

Sob os ensinamentos de Karl Jaspers, para que haja o exercício do aspecto volitivo, sem comprometimentos, há de se observar a possibilidade de escolha, reflexão e de decisão do agente diante de sua vontade na prática do fato típico ilícito e antijurídico. Não havendo esse conjunto circunstancial, não se pode falar em normalidade no funcionamento volitivo, uma vez que, sem controle de suas decisões e vontades o ato será praticado por meio de impulso. Segundo Jaspers, é a consciência do arbítrio. A escolha e decisão da atitude humana definem a vontade ou o exercício do arbítrio.

“O reconhecimento da semi-imputabilidade exige não só a comprovação da doença mental, mas a sua ligação com a diminuição da capacidade intelectual –volitiva por ocasião do evento delituoso”.

³⁴SANTOS, Hélène Rebecca Baultzer dos. op. cit. p. 23

³⁵NORONHA, E. Magalhães. op. cit. p. 164

³⁶CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. op. cit. p. 296.

³⁷Id., Ibid., p. 297

(TJDFT, Ap. Crim. 19990710075679, 2ª T., Rel. Des. Vaz de Mello, j. 14-8-2003).³⁸

Todo agente é imputável, desde que prove o contrário, isto é, desde que o mesmo incorra sobre uma das espécies de excludente de imputabilidade, tais quais, são apresentadas pela doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

c.2) Potencial da consciência da ilicitude

Potencial consciência da ilicitude consiste em saber que o fato é ilícito penalmente e não saber especificamente a norma na qual o delito está previsto, nem tampouco o artigo da lei vigente. Se assim fosse, somente os profissionais do direito cometeriam infrações penais.

Se, no momento da prática do delito, o autor era dotado de potencial de conhecimento do caráter ilícito do fato, estamos diante de uma situação legítima e justa da aplicação da pena ao delinquente. Exige-se, essa consciência para a configuração da imputabilidade penal do acusado.

c.3) Exigibilidade de conduta diversa

A exigibilidade de conduta diversa é outro elemento que configura a culpabilidade. Além da imputabilidade e consciência da ilicitude do fato, deve haver a possibilidade de conduta diversa do agente no tocante ao caso concreto, conduta essa, não proibitiva. É um elemento caracterizado pela escolha do criminoso de praticar o delito, podendo o mesmo, agir em conformidade com a lei.

Este elemento também possui excludente, sendo a coação irresistível (física e moral) e obediência hierárquica.

A coação física irresistível ocorre quando uma pessoa obriga a outra a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, mediante ameaça física, hipótese esta em que o autor não age voluntariamente e sim por coação alheia.

A coação moral irresistível é marcada pela ameaça ou intimidação, seja ela expressa ou tácita, no qual o coagido age com vontade devido a uma ameaça do mesmo sofrer um mal injusto e grave, ou até mesmo seus parentes em época futura. Nesse caso em questão, há uma falha na efetividade do aspecto volitivo, uma vez que a vontade do agente não é plena e livre, apresentando vícios, haja vista que foi alimentada pela forte coação de outrem.

Apesar de a doutrina declinar duas formas de coação resistível, sendo elas no âmbito moral e físico, o nosso ordenamento jurídico reconhece como causa de excludente de conduta diversa, apenas a coação moral.

Após toda avaliação no que tange aos elementos da culpabilidade, possuindo uma resposta diante desta análise, toma-se o caminho da responsabilização ou não do agente. Se o mesmo faz jus a algumas das excludentes dos elementos apresentados acima, dá-se por inimputáveis, isto é, não responsáveis pelo delito do caso concreto, obtendo como sanção a medida de segurança para tratamento psiquiátrico. Quanto à semi-imputabilidade, pode ser aplicada a medida de segurança ou o tratamento ambulatorial, bem como a diminuição da pena, sendo esta, uma faculdade do Magistrado.

SANÇÕES PENAIS

Há duas espécies de sanção penal, a pena e a medida de segurança. A pena se subdivide em algumas espécies, sendo elas a privativa de liberdade, a restritiva de direito e a pena pecuniária, mais conhecida como multa.

Dentre as sanções penais, a pena de privativa de liberdade e a medida de segurança serão abordadas com maior profundidade, até em função da natureza do presente trabalho.

No tocante a pena, a mesma é uma retribuição jurídica ao fato típico ilícito e antijurídico. É ela a simples resposta do Estado como consequência do delito, é o mal justo oposto ao mal injusto do crime.³⁹

A medida de segurança, é outra forma de sanção penal e por sua vez, é de caráter exclusivamente preventivo. É uma sanção penal imposta pelo Estado sobre os semi-imputáveis e os inimputáveis, até que cesse a sua periculosidade.

“Assim estabelece-se uma contraposição entre a pena, associada à culpabilidade e voltada ao passado, e a medida de segurança, associada à periculosidade e voltada para o futuro”.⁴⁰

Existe 2 (dois) sistemas de aplicação de sanção penal, o vicariante e o duplo binário. O sistema vicariante admite a aplicação de pena ou de medida de segurança, ou seja, uma das duas, exclusivamente. Já o sistema duplo binário, admite a imposição da pena e da medida de segurança ao mesmo tempo.

O código penal brasileiro adotou o sistema vicariante, sendo assim, constatada a semi-imputabilidade do agente, o juiz, poderá reduzir a pena do condenado em 1/3 a 2/3, ou substituir a pena por medida de segurança. Vale salientar que nesses casos a diminuição da pena é obrigatória.

A pena privativa de liberdade, como o próprio nome já diz, é uma forma de sanção penal cumprida no ambiente prisional, no qual retira do condenado sua liberdade, dependendo do caso em concreto umas mais brandas outras mais severas.

Segundo o Mestre Fábio Rocha Caliari: “Prisão é a supressão da liberdade individual de ir e vir”. Acrescentou que pode ser classificada como prisão pena e prisão sem pena, sendo a primeira, o encarceramento decorrente de decisão condenatória transitada em julgado; e a segunda, o encarceramento do indiciado ou réu antes do final do processo, por exemplo, a prisão preventiva, em flagrante e temporária.⁴¹

A medida de segurança é uma sanção imposta aos indivíduos inimputáveis e semi-imputáveis que cometem crime, sendo a internação em hospital de custódia e tratamentopsiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado e tratamento ambulatorial;

Os pressupostos que envolvem a efetiva aplicação da medida de segurança são a prática de crime + periculosidade do agente. Não se impõe a medida de segurança se não houver prova de autoria; se não houver prova de fato; se estiver presente causa da exclusão da ilicitude; se o crime for impossível; se ocorreu a prescrição ou outra extintiva da punibilidade.

³⁸ CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 82.

³⁹ NORONHA, E. Magalhães. op. cit. p. 171.

⁴⁰ BUSATO, Paulo Cesar. p. 850.

⁴¹ CALIARI, Fábio Rocha. CARVALHO, Nathan Castelo Branco de. LÉPORE, Paulo. Manual do advogado criminalista: teoria e prática. Salvador-BA: Juspodivm, 2013. p. 262.

Constatada a inimizabilidade do agente, haverá a absolvição impropria do mesmo pelo juiz. “Trata-se de absolvição impropria, pois, embora absolvido, ser-lhe-á imposta uma medida de segurança, que é uma pena de natureza restritiva e preventiva”.⁴²

O semi-imputável pode receber medida de segurança detentiva ou restritiva, ou até mesmo a diminuição da pena carcerária, ficando a disposição do magistrado na escolha da sanção mais adequada ao caso concreto. O inimputável fica isento de pena, entretanto, a ele é imposta medida de segurança, que consiste em internação em hospital de custódia ou tratamento ambulatorial.

A liberação do indivíduo que está sob medida de segurança, é condicionada a uma perícia médica periódica que atesta pela periculosidade do agente. É a chamada suspensão condicionada. (Vide art. 97, § 2º, CP). A medida de segurança não possui somente o caráter punitivo, como também o caráter de cura e de ressocialização desse delinquente. Devendo-se observar quanto à inconstitucionalidade da aplicação da medida de segurança em caráter perpétuo.

HOMICÍDIO (ART. 121, CP)

O homicídio é crime comum, uma vez que pode ser praticado por qualquer pessoa; material, conduta (matar) e resultado (morte); simples, só atinge um bem tutelado juridicamente, à vida; de dano, o homicídio exige a efetiva lesão do objeto jurídico vida; instantâneo, consumação instantânea, ou seja, em dado momento; e de forma livre, isto é, admite qualquer meio de execução.⁴³

No crime de homicídio o bem jurídico tutelado é a vida, sendo ela indispensável. O Brasil é signatário da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos - CADH, o famoso Pacto de São José da Costa Rica, que, no seu artigo 4º dispõe: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Diante da letra do artigo 4º da CADH, notamos que a tutela do bem jurídico “vida humana” é como um todo, ou seja, há proteção tanto da vida intrauterina (aborto) quanto da vida extrauterina.

No ordenamento jurídico brasileiro esse tipo penal encontra-se explícito no artigo 121, do Código Penal. As qualificadoras desse tipo penal são divididas em 4 tipos, cada qual abrangendo um aspecto diferenciado, desde os motivos determinantes do delito (incisos I e II); os meios utilizados para se chegar no resultado morte (inciso III); a forma de execução (inciso IV); até a conexão com outro crime (inciso V). “Sendo certo que, se constituírem, ao mesmo tempo, circunstâncias agravantes, estas deverão ser repelidas na aplicação da pena, sob pena de *bis in idem*”.⁴⁴

Assim preconiza o expert no assunto, Dr. Hare:

Os psicopatas apresentam comportamentos que podem ser classificados de perversos, mas que, na maioria dos casos, têm por finalidade apenas tornar as coisas mais fáceis para eles – e não importa se isso vai causar prejuízo ou tristeza a alguém. Mas há os psicopatas do tipo sádico, que são os mais perigosos. Eles não

⁴² CAPEZ, Fernando. Código penal comentado. op. cit. p. 205.

⁴³ JESUS, Damásio de. op. cit. p. 51.

⁴⁴ CAPEZ, Fernando. Código penal comentado. p. 251.

somente buscam a própria satisfação como querem prejudicar outras pessoas, sentem felicidade com a dor alheia.⁴⁵

Diante de todo exposto, podemos notar que todo homicídio praticado por psicopata possui ao menos uma qualificadora, sendo muitas vezes possuidor de cumuladas qualificadoras, o que demonstra tamanha periculosidade de delinquentes desse porte.

Geralmente, os psicopatas homicidas, serialskiller, dificilmente são pegos no início de sua série de homicídios. Muitas vezes possuem uma inteligência acima do normal e arquitetam sua defesa através de técnicas para assegurar sua impunidade, como por exemplo, a ocultação do cadáver, além do mais, procuram sempre um lugar tranquilo e longe para executar seus crimes, estudam o local mais apropriado que afaste qualquer suspeita devido aos gritos de sofrimento de suas vítimas, o local é praticamente o mesmo em todos os delitos.

DA RESPONSABILIDADE PENAL DO PSICOPATA

A responsabilidade penal do psicopata ainda é um tema discutido e será discutido até que o ordenamento jurídico-penal brasileiro adote, em seu texto legal, uma previsão específica quanto aos delitos praticados por indivíduos com personalidades psicopáticas.

Indivíduos com esse tipo de personalidade passam despercebidos na sociedade e quando descobertos fingem insanos com o intuito de fugir da responsabilidade de seus atos. Mas afinal, no Brasil, o psicopata é plenamente imputável, semi-imputável ou inimputável?

Esta é uma problemática ainda discutida, tanto no âmbito jurídico, psiquiátrico, psicológico e médico-legal. Diante do caso apresentado acima (Pierre Revière), narrado por Foucault e citado por Michelle Abreu, notamos a dificuldade em se estabelecer um diagnóstico a cerca de situações como essa.

O código penal vigente não possui uma previsão específica para o homicídio praticado por esse tipo de personalidade anormal – personalidade psicopática ou antissocial, todavia, a ele é aplicado a partir da interpretação do parágrafo único do artigo 26 do código penal, que trata da responsabilidade reduzida, dessa forma, o psicopata é caracterizado como semi-imputável perante o código penal brasileiro.

No momento, diante da declaração do parágrafo anterior, surge certa confusão quanto ao critério adotado pelo tribunal brasileiro ao concluir pela semi-imputabilidade desses inescrupulosos delinquentes.

Mas analise, para que haja plena reponsabilidade do agente, ou seja, imputabilidade penal, não basta que o mesmo seja desprovido de doença ou retardo mental, ele tem que entender o caráter ilícito de sua conduta e **determinar-se de acordo com esse entendimento. (grifo nosso)**

A expressão “determinar-se de acordo com esse entendimento” refere-se ao aspecto volitivo do agente. Assevera Michelle Abreu, autora da obra ‘Da imputabilidade do psicopata’, que: “O requisito volitivo trata-se da capacidade de resistência ou de inibição ao impulso criminal.”.

É exatamente nesse ponto que a jurisprudência brasileira sustenta a classificação de semi-imputabilidade dos chamados psicopatas. Os tribunais brasileiros sustentam a aplicação da responsabilidade diminuída através do argumento de que indivíduos com esse tipo de transtorno de

personalidade, não possuem meios suficientes para controlar a impulsividade sobre suas ações devido a uma falha e deficiência no aspecto afetivo e volitivo desse indivíduo. Conforme jurisprudências a seguir:

A personalidade psicopática se revela pelas perturbações da conduta e não como enfermidade psíquica. Destarte, embora não enfermo mental, é o indivíduo portador de anomalia psíquica, que se manifestou quando do seu procedimento violento, ao cometer o crime, justificando, de um lado, a redução da pena, dada a sua semi-responsabilidade; e de outro, a imposição, por imperativo legal, da medida de segurança. (RT 442/412 – TJSP – Rev. Crim. – Relator Des. Adriano Marrey)⁴⁶

Já o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR, quanto a capacidade penal reduzida por perturbação da saúde mental, elencou o seguinte:

A perturbação da saúde mental, prevista no parágrafo único do art. 22 (art. 26 vigente) do Código Penal, não constitui causa de isenção da responsabilidade, uma vez que não suprime totalmente a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Ademais considera enfraquecida, diminuída, subsistindo a responsabilidade, facultado ao julgador a redução da pena (RT391/350).

Quanto ao aspecto intelectual, o conteúdo presente neste artigo, é o suficiente para confirmar que não há controvérsias com relação a sua plena capacidade de entendimento do caráter ilícito do delito, haja vista que ficou claro que o mesmo não é um doente mental, contudo faz e sabe que o que está fazendo é prejudicial à vítima, mas o faz mesmo assim, justamente para obter uma satisfação momentânea a fim de saciar sua sede em ver o sofrimento alheio, partindo de suas próprias ações, até porquê, são incapazes de sentir os reflexos desse sofrimento, já que não se colocam no lugar da vítima, fazendo ela sofrer por mero prazer pessoal.

Conclui-se então, que os tribunais têm entendido que, ainda que intacto o requisito intelectual do agente, o requisito volitivo encontra-se prejudicado, maneira que, são considerados semi-imputáveis. Já a doutrina possui pensamentos divergentes,

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A POLÍTICA CRIMINAL VIGENTE E A SANÇÃO PENAL ADEQUADA

Estabelecer o destino penal mais apropriado aos psicopatas homicidas não é fácil, haja vista que o tema não é pacífico na esfera criminal, nem tampouco na esfera da psiquiatria.

Os psicopatas são seres humanos portadores de caráter malévolo, fora a normalidade, todavia, possuidores de total sanidade, isto é, não são doentes mentais, pois contemplam plena capacidade de entender suas ações e omissões. Ademais, são incapazes de aprender com a experiência e têm um quadro irreversível e incurável, haja vista que qualquer tipo de tratamento não surte efeitos em indivíduos com esse tipo de personalidade e submete-lo a pena de privação de liberdade pode comprometer a recuperação

dos demais presos comuns que são passíveis de recuperação e ressocialização.

A partir daí é possível notar o quão complicada é essa situação, percebe-se que ele não se adequa absolutamente em nenhuma das opções apresentadas, mas o Estado deve dar uma resposta à população e encaixá-los naquela sanção que mais protege os membros da sociedade.

Partindo do princípio constitucional de que “os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade”, podemos concluir que este princípio basilar da nossa Carta Magna deve ser respeitado de maneira que promova a sua verdadeira efetividade.

Destinar um tratamento diferenciado aos indivíduos portadores de personalidade psicopática, é legal e encontra guarida na lei constitucional, haja vista que não são iguais aos criminosos comuns, possuem uma personalidade divergente e de difícil tratamento, a política criminal aplicada aos criminosos comuns não funciona com eles, portanto são desiguais e merecem tratamento diferenciado em prol da sociedade que é a maior vítima, uma vez que eles mesmos não sofrem com suas atrocidades.

Evidentemente que quando falamos em tratar os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade, estamos falando em adoção e criação de nova política criminal a respeito do tema. Uma política criminal que trate desses indivíduos da maneira como devem ser tratados, fazendo valer o princípio da individualização da pena em consonância com o tratamento desigual aos desiguais.

Assim pondera Fernando Galvão da Rocha:

A política criminal há de saber considerar as diferenças individuais as múltiplas causas da criminalidade, bem como a necessidade de flexibilizar a resposta estatal ao fato antissocial, de modo a tratar desigualmente os indivíduos desiguais que se envolvem nas práticas delitivas.⁴⁷

“Somente uma preocupação de tal ordem poderá promover uma “justiça mais justa”, à medida que considere desigualmente indivíduos concretamente desiguais.”⁴⁸

Ademais, somos pertencentes a um Estado dito como Estado democrático de Direito, isto é, regido por leis que preze pelos direitos humanos, garantindo à sociedade os direitos fundamentais do ser humano. Destarte, falar de individualização da pena é reforçar o nosso Estado Democrático de Direito.

Assim disse Busato:

(...) Em qualquer Estado digno de ser chamado de democrático, a pena que corresponde ao autor de um delito deve ser individualizada, ou seja, deve ser fixada segundo características objetivas e subjetivas que permitam oferecer uma resposta pessoal como consequência da prática delitiva. Isto porque um Estado democrático é o que respeita as individualidades das pessoas e o que lhes reconhece os direitos fundamentais a partir da individualidade como ser humano.⁴⁹

Fazer valer o princípio da individualização da pena é observar o agente em 360°, todas suas

⁴⁵VEJA. Psicopatas no divã. São Paulo: Abril. 1º de abril de 2009. p. 21.

⁴⁶MIRABETE, Júlio Fabrin. Código de direito penal interpretado. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.248.

⁴⁷ROCHA, Fernando A.N. Galvão da. Política criminal para o Estado Brasileiro. Revista Jurídica do uniaraxá. Araxá: Eliana Pavan, v.1, n.1, 1997. p. 81-82

⁴⁸BUSATO, Paulo Cesar. p. 82.

⁴⁹BUSATO, Paulo Cesar. p. 82.

características em diversos aspectos e ângulos. Lógico que esse procedimento deverá ser realizado por profissionais qualificados na área da saúde mental, tais profissionais são o braço direito do magistrado, exercem um papel fundamental em conjunto com o poder judiciário, pois promover a justiça não é tratar todos iguais, e sim perceber a diferença em cada um e trata-lo de forma desigual, na medida de sua desigualdade.

Na situação em questão, há um choque entre dois grandes direitos fundamentais do ser humano, a liberdade do delinquente e a segurança pública, ou seja, a proteção preventiva exercida pelo Estado. Mas vejamos, o que pesa mais, a liberdade de uma mente psicopática impulsionada a matar ou a vida e segurança de milhares de pessoas sujeitas a integrar o rol de vítimas fatais desses indivíduos? Logicamente que, se colocarmos em uma balança notaremos a pendência para o lado do direito à vida, ou melhor, das vidas, já que são incuráveis e quando postos em liberdade cometem crimes novamente, e, muitas vezes, em maior potencialidade. “Quando postos em liberdade, 70% dos psicopatas cometem crimes novamente”.⁵⁰

O que está em jogo não é um direito qualquer do ser humano, e sim o maior direito, a VIDA. Sem vida não há personalidade jurídica, logo, não há de se falar em sujeito de direitos, conclui-se então que é o direito supremo que deve ser defendido com afincos pelo Estado, uma vez que a sociedade vive em completa insegurança, clamando por uma resposta Estatal.

No contexto histórico brasileiro há crimes que chocaram a população, com isso, cada vez mais a população sente-se ameaçada pelo próprio Estado, pois almejam nova política criminal em busca de maior segurança pública. Os noticiários nos demonstram tamanho crescimento da criminalidade no Brasil, o grande número de homicídios praticados por assassinos em série ou até mesmo assassinos cruéis, assusta a sociedade a ponto de enxergarem a ineficácia do sistema e tamanha necessidade de soluções pondo fim a sensação de impunidade.

Michel Foucault bem representa, ainda que em poucas palavras, esta sensação de inércia do Estado (impunidade):

E principalmente que nenhum crime cometido escape ao olhar dos que têm que fazer justiça; nada torna mais frágil o instrumento das leis que a esperança de impunidade; como se poderia estabelecer no espírito dos jurisdicionados um laço estreito entre um delito e uma pena, se viesse afetá-lo um certo coeficiente de improbabilidade?⁵¹

Conforme aponta Ricardo Berloff: “A razão de existir o Estado seria, então, a necessidade de dar alguma segurança ao indivíduo que se sente ameaçado por todos os seus semelhantes”.⁵²

Diante do exposto, iremos traçar uma análise crítica em torno do sistema penal brasileiro tendo como finalidade a busca de resultados positivos com relação à sanção mais adequada.

A imputabilidade plena do psicopata parece ser a melhor saída para esse tipo de criminoso contumaz, afinal, contemplam de plena capacidade de entendimento, por isso devem responder pelos seus atos lesivos à vida e integridade de outrem. Todavia, conforme já elencado neste artigo, esses indivíduos

⁵⁰SUPERINTERESSANTE. op. cit. p. 19.

⁵¹FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. op. cit. p. 116.

⁵²BERLOFFA, Ricardo Ribas. op. cit. p. 98.

não aprendem com a punição, ou seja, a pena restritiva de liberdade não atingirá os efeitos esperados, uma vez que a ressocialização é praticamente nula no que se refere aos psicopatas.

Estudos apontam que quando juntos, no cenário carcerário, os psicopatas atrapalham a recuperação e ressocialização dos criminosos comuns, são altamente manipuladores e dentro da própria prisão utilizam suas artimanhas para influenciar os demais detentos a estabelecerem maus comportamentos no convívio com os demais, além disso, é comum que liderem rebeliões dentro do presídio.

A realidade é que nossa Constituição Federal, bem como a Lei Penal beneficia a população carcerária com a progressão de regime devido ao bom comportamento dentro do ambiente prisional, o que é um grande artifício que os psicopatas presos utilizam para alcançarem a liberdade, até porque o encanto superficial e o poder de manipulação são fortes características inerentes a esse tipo de personalidade, com isso, quando presos, não cumprem a pena originariamente a ele impostas, sendo colocados em liberdade em poucos anos.

Para atingir a progressão da pena, basta o bom comportamento do agente. Em 2012, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou o entendimento da utilização facultativa do exame criminológico pelo juiz ao julgar a progressão para o regime mais brando de cumprimento da pena, ou seja, atualmente a concessão desse benefício não está condicionada ao esse importantíssimo exame que muito contribui para o controle da criminalidade.

O Poder Judiciário não é autossuficiente, é por isso que Psiquiatras e Psicólogos são fortes aliados do Magistrado no julgamento de sentença condenatória. Essa realidade demonstra tamanha falha quanto à aprovação da Lei 10.792/2003 que alterou o art. 122 da Lei de Execução Penal que tratava da exigência de exame criminológico ao progredir de um regime para o outro.

Zaffaroni e Pierangeli reconhecem a necessidade de previsão legal específica para os psicopatas.

Outro dos problemas que continuampreocupando a ciência é o das chamadas psicopatias ou personalidades psicopáticas. A psiquiatria não define claramente o que é um psicopata pois há grandes dúvidas a seu respeito. Dada esta falha proveniente do seu campo psiquiátrico podemos dizer como trataremos o psicopata no direito penal.⁵³

Há uma grande necessidade de um olhar mais crítico a respeito da responsabilidade penal do psicopata, através de uma política criminal mais robusta com relação a esse tipo de delinquente.

Analizando a Lei Penal vigente, fica evidente que a mesma está defasada e ultrapassada no que tange à responsabilização penal de psicopatas, em especial, o mais grave, o Psicopata Homicida – Serial Killer. Sem previsão específica, os tribunais ficam a mercê da interpretação da letra fria da lei e geralmente acabam adotando a semi-imputabilidade de criminosos dessa classe.

No caso de reconhecimento da semi-imputabilidade do agente psicopata, quando o mesmo é destinado a presídios sob pena privativa de liberdade, sua pena é **obrigatoriamente** reduzida pelo juiz, o

⁵³ZAFARONNI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. op. cit.p. 546.

que causa a sensação de impunidade e faz com que (mais rapidamente que o normal) o mesmo fique em liberdade devido ao bom comportamento dentro da unidade prisional, bom comportamento este, puramente falso, justamente para conquistar a tão almejada liberdade.

Em contato com os presos comuns, estes indivíduos “aprendem” o que é remorso, ou melhor, aprendem teatralmente mostrar que estão arrependidos, o que na verdade, não acontece, haja vista que a falta de remorso e constrangimento é uma forte característica desses indivíduos

Com bem assevera Hare, “As emoções estão para o psicopata assim como o vermelho está para o daltônico”, ou seja, eles não conseguem vê-las, muito menos senti-las; são incuráveis, irrecuperáveis e antisociais, portanto, incapazes de ressocialização.

Ao reconhecer a semi-imputabilidade do acusado, o juiz, pelo sistema vicariante adotado pelo Brasil, deve escolher ou a redução penal ou a medida de segurança. Dessa forma, à medida que melhor se encaixa a este indivíduo, embora não seja um doente mental, é a medida de segurança.

Conforme aludido acima, quando posto em unidade prisional o estrago é maior, envolve o comprometimento da recuperação dos demais presos e o caminho para a liberdade torna-se mais curto, problema este, incontroverso quando se trata de réu com personalidade psicopática, já que o mesmo é altamente perigoso e conseqüentemente voltará a delinquir.

Adotando a medida de segurança, o mesmo estará em ambiente apropriado e mais preparado, onde há profissionais que entendem melhor essa ainda enigmática personalidade. Além disso, conforme explicitado na LEP, o mesmo fica condicionado a laudos médicos atestando sua periculosidade e, quando cessada, aí sim o indivíduo poderá voltar ao convívio social.

As unidades prisionais não contemplam a gama de cuidados com esses indivíduos, nem tampouco os servidores que, como nós, não conseguem identificar com precisão esta repugnante personalidade, sendo um mar de oportunidades para que os psicopatas, dotados de astúcia e poder de manipulação, consigam rapidamente sua liberdade através do bom comportamento encenado, já que o exame criminológico não é mais uma condição para a liberdade condicional (sursis) ou mudança para um regime mais brando.

Assim aduz Foucault sobre o enclausuramento ou tratamento de criminosos:

Só dizem respeito à administração da pena, sua necessidade, sua utilidade, sua eficácia possível; permitem indicar, num vocabulário que apenas foi codificado, se é melhor o hospício que a prisão, se é necessário prever um enclausuramento breve ou longo, um tratamento médico ou medidas de segurança. E o papel do psiquiatra em matéria penal? Não será o perito em responsabilidade, mas de conselheiro de punição; cabe-lhe dizer se o indivíduo é “perigoso”, de que maneira se proteger dele, como intervir para modificá-lo, se é melhor tentar reprimir ou tratar.⁵⁴

Diante do exposto, nota-se tamanha complexidade sobre tema ora proposto, bem como a importância dessa discussão sob análise empírica do contexto social. Há uma grande necessidade de maiores estudos sobre o tema, tanto no âmbito psiquiátrico, psicológico, sociológico e antropológico, para

⁵⁴FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir.op, cit. p. 25.

então auxiliar os estudos da seara criminal, a fim de juntas, alcancarem bons resultados a respeito da responsabilidade penal e como deve ser tratado esse perfil delinquencial de alta periculosidade que causa riscos exorbitantes a toda sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que de acordo com o CID-10 (Classificação Internacional de Doenças) e o DSM (*Diagnostic and Statistical manual of mental Disorders*) o psicopata não é um doente mental, e sim um ser mau caráter portador de transtorno de personalidade antissocial.

Segundo o Psicólogo Canadense Robert Hare, autoridade no estudo da psicopatia, ninguém nasce psicopata e sim com uma tendência para a psicopatia que, em contato com o meio, pode se manifestar negativamente.

São frios, calculistas, mentirosos contumazes, incapazes de qualquer sentimento positivo, sem emoção, agem pela razão, golpistas, manipuladores, sedutores, oportunistas, fraudulentos, cruéis, egoístas, convencidos de que são melhores em tudo, entre outras características.

O psicopata está mais próximo do que imaginamos, dentro do mercado, no trabalho, no clube e até mesmo nas igrejas. Há três níveis de psicopatia: leve, moderado e grave, o leve geralmente se manifesta em pequenos golpes, o moderado costuma ser grande estelionatário e o grau mais elevado é composto pelos autores de crimes hediondos, como o perfil criminal objeto dessa pesquisa, o psicopata homicida - serial killer.

É comum o pensamento de que todo psicopata é homicida, ledor engano, o homicida não consiste o padrão, muito pelo contrário, é a minoria, porém, faz um grande estrago por onde passa. Nem todo psicopata é criminoso, assim como nem todo criminoso é um psicopata. Somente um profissional especializado pode diagnosticar esse tipo de transtorno em um indivíduo.

Muitos associam à imagem de um serial killer aos norte-americanos, como se esse perfil criminal fosse inerente à genética Estadunidense, mas isso é apenas um equívoco adquirido pela população em decorrência dos filmes americanos, haja vista que há psicopatas em todo lugar, manifestando-se mundialmente.

Os indivíduos portadores desse transtorno de personalidade não atendem a qualquer tipo de tratamento, seja medicamentoso ou psicoterápico. Não aprendem com a experiência, por isso que quando presos cometem crimes dentro do presídio e lideram rebeliões. A probabilidade de reincidência desses indivíduos é alta, pois não sentem qualquer arrependimento pelos delitos cometidos, sentem apenas orgulho de si mesmo.

São seres possuidores de plena capacidade de entendimento, todavia são impulsivos. É diante dessa característica que os tribunais e a doutrina têm apresentado um pensamento majoritário com relação à semi-imputabilidade desses indivíduos. Sustentam a responsabilidade reduzida dos psicopatas pelo *déficit* no aspecto volitivo que compõe a imputabilidade, ainda que o aspecto intelectual esteja intacto.

Quanto à semi-imputabilidade reconhecida pelos tribunais, aludida no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, é facultado ao juiz decidir o destino do agente, seja a pena privativa de liberdade ou a medida de segurança. É importante destacar que o Brasil adotou o sistema vicariante, então

o juiz deve escolher ou um ou outro, e caso escolha a pena privativa de liberdade, a mesma deve ser obrigatoriamente reduzida, colocando, em poucos anos, esses indivíduos altamente perigosos no convívio social. É através do bom comportamento encenado que os psicopatas são beneficiados com o sistema de progressão de pena, já que são ótimos manipuladores e o sistema tem a grande falha de progressão sem necessidade de exame criminológico.

De outro giro, adotando a medida de segurança, o mesmo estará em ambiente apropriado e mais preparado, ainda que haja alguns inconvenientes quanto à estrutura aqui no Brasil, mas é o local mais adequado para esse tipo de personalidade, uma vez que há especialistas que conhecem as características desses indivíduos e conseguem identifica-los, além disso, ficam condicionados aos laudos médicos atestando a cessação de sua periculosidade para então conquistarem a liberdade.

Diante do estudo sobre o perfil psicopático e o sistema de política criminal vigente, fica evidente que a sensação de impunidade acompanhará a população brasileira até que haja medidas adequadas para esse tipo de delinquente.

O nosso ordenamento jurídico ainda não trata do assunto com especialidade, está ultrapassada e desfasada nesse sentido. As políticas criminais adotadas com os criminosos comuns são ineficazes no tocante aos psicopatas. Dessa forma, é mister que os legisladores deem maior atenção a este tipo de situação, pois o que está em risco é a segurança pública e o Estado nada mais é que o defensor da sociedade. Somos um Estado Democrático de Direito, portanto os direitos fundamentais devem ser priorizados, ainda mais a vida que é o nosso direito supremo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Michele Oliveira de. **Da imputabilidade do psicopata**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013
- BERLOFFA, Ricardo Ribas C. **Introdução ao curso de teoria geral do estado e ciências políticas**. 1 ed. Campinas-SP: Bookseller, 2004.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.
- CALIARI, Fábio Rocha. CARVALHO, Nathan Castelo Branco de. LÉPORE, Paulo. **Manual do advogado criminalista: teoria e prática**. Salvador-BA: Juspodivm, 2013.
- CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 8º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 1
- FIGLIARELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte especial**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.
- MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do crime**. 2 ed. mod. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código de direito penal interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 38. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ROCHA, Fernando A.N. Galvão da. Política criminal para o Estado Brasileiro. **Revista Jurídica do uniaraxá**. Araxá: Eliana Pavan, v.1, n.1, p. 55-85, 1997.
- SANTOS, Hélène Rebecca Baultzer dos. **Psicologia na área criminal**. Bauru-SP: Jalovi, 1979.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: O psicopata mora ao lado**. 2 ed. ver. e ampl. São Paulo: Globo, 2014.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Psicopatas não sentem compaixão. **Revista Época**. Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/revista/epoca/0,,emi15657-15295,00ana+beatriz+barbosa+silva+psicopatas+nao+sentem+compaixao.html>> Acesso em: 04 set. 2014.
- SILVA, José Geraldo. **Teoria do Crime**. 2 ed. Campinas: Millennium, 2002.
- SUPER INTERESSANTE. **Mentes psicopatas: o cérebro, a vida e os crimes das pessoas que não tem sentimentos**. 267-Aed. São Paulo: Abril, 2010.
- TABORDA, José G. V.; ABDALA FILHO, Elias; CHALUB, Miguel. **Psiquiatria Forense**. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.

BREVE HISTORICO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA OPRESSÃO DO GÊNERO E DA SEXUALIDADE NO PERÍODO COLONIAL LUSO-BRASILEIRO

Vinicius Santos de Oliveira¹

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo demonstrar pontos relevantes dentro da estrutura institucional da sociedade no período colonial, com ênfase no tratamento das relações de gênero e da sexualidade, de modo que se evidencie como o Estado utilizou de regras sociais e jurídicas para marginalizar comportamentos aos quais não se correspondiam a moral da época, se tornando uma base sólida para entender a gênese da própria discriminação contra essas duas minorias na contemporaneidade.

PALAVRAS CHAVES: História do Direito, Gênero, Sexualidade, Período Colonial, Ordenações

I - INTRODUÇÃO

A sociedade é a composição diversificada de um aglomerado de pessoas, sendo que os vários pensamentos diferentes acabam por gerar conflitos ideológicos. Para se evitar atritos simples à guerras monumentais, o ser humano começa a estabelecer regras básicas de convivência, que mais tarde vem a ser transformada em o que conhecemos como o ordenamento jurídico, com o objetivo de promover o bom relacionamento da sociedade.

Conforme a sociedade que ali se estabelece, gravitando em comunhão com um ordenamento jurídico, começou a surgir uma disputa de relações de poder entre os grupos que a compõe, usando como discurso de controle a inferiorização dos indivíduos que não correspondem as características do grupo que deseja a dominação, nascendo as desigualdades entre os indivíduos dentro das sociedades, utilizando como ferramenta demagógica o próprio ordenamento jurídico.

Nesse contexto de desejo pela dominação de um grupo por outro, um dos grupos que sofrem desde a antiguidade com essa opressão são as mulheres, em virtude de um discurso sobre a sua composição biológica ou aqueles indivíduos que tem uma performance feminina, como também homens e mulheres que não são regidos pela imposição social da heteronormatividade como regime sexual político.

II - CULTURA DO FALOCENTRISMO GRECO-ROMANO: MARGINALIDADES NA FORMAÇÃO DA SOCIEDADE OCIDENTAL

A história da homossexualidade nos remete os seus primeiros registros a antiguidade clássica, onde "a homossexualidade estava presente tanto na Grécia, quanto no Império Romano e recebia o nome de

¹Discente do curso de Direito pela FAECA Dom Bosco, possui formação técnica em Técnico Jurídico pela ETEC Drª Maria Augusta Saraiva, militante e com interesse no estudo histórico-social-jurídico-político no que tange às minorias sócias.

pederastia"(DIETER, 2012).²

A relação entre dois homens era condicionalmente aceita pela sociedade grega e romana, sendo que não era vista como uma anomalia ou desvio de conduta (entre outros adjetivos pejorativos atribuídos nos dias atuais), tinha uma caracterização pedagógica, servindo principalmente na formação moral, social e militar do homem, era comum o tutor mais velho (e “ativo”) escolher o aprendiz mais novo (submisso e “passivo”), afim de instruí-lo para a vida adulta, o jovem começa a servir o seu tutor em posição que hoje é equiparado a de esposa, tanto nos afazeres domésticos como nos sexuais, acreditando que no momento que o tutor penetra o aprendiz e ejacula dentro dele, o sêmen do tutor iria transformar o jovem em um guerreiro que a sociedade precisava.

Para se haver uma proteção na relação entre ambos existia regras sociais complexas, a principal regra era que o jovem e o seu tutor não podiam se apaixonar e sua relação sexual somente era uma atividade complementar na formação do aprendiz, tal comportamento foi refletido e registrado nas artes e mitologia e possibilitando um importante meio de estudo para as gerações seguintes.

As mulheres³ desde a antiguidade sempre foram subjugadas pela sociedade ao ponto de serem meros objetos, não se acreditava que elas teriam a capacidade de fazer outra atividade além da procriação, por esse motivo que não se tem registros concretos (até meados do século XVIII) a respeito do comportamento homossexual feminino. A poetisa Safo (610 – 580 a. C), natural da Ilha de Lesbos (o que deu origem ao termo Lésbica), que em suas obras faz declarações fervorosas sobre o amor feminino é um dos poucos registros que sobrevivem ao tempo, infelizmente não é possível afirmar se a autora era adepta deste amor ou se era seu estilo de escrita (RODRIGUES, Humberto; e LIMA, Cláudia de Castro; 2008).⁴

Não se é possível afirmar o motivo exato que levou a homossexualidade ser um tabu tão grande na sociedade, uma das hipóteses mais prováveis se baseia na política expansionista do Império Romano, que com o objetivo de ter novos territórios começou a vetar as relações sexuais não reprodutivas, fazendo com que as relações homoafetivas fossem condenadas (como outras que não se tinha uma possibilidade de gerar prole), sendo que mais tarde esse pensamento se manteria, principalmente nos textos da bíblia e de outros escritos sagrados que foram utilizados como norma em estados teocráticos durante a solidificação dos Estados durante a Idade Média.

III - IDADE MÉDIA E O ESTIMULO INQUISITIVO DA NATALIDADE PELA NORMA TEOCRÁTICA NO BRASIL COLONIAL

Durante a idade média, a repressão contra homossexuais atingiu um dos ápices da história da humanidade, as instituições monárquicas eram regidas com forte intervenção da Igreja Cristã na época, como elucida Cristina Tener Diernes (2012):⁵

²Disponível online.

³Neste conceito, define-se mulher como aquela cisgenero, ou seja, seu sexo biológico corresponde a sua performance social, desconsiderando as que não se enquadram nessa regra (população transsexual/transgênero/travesti).

⁴Disponível online.

⁵Ibidem.

Já na Idade Média, o mais feroz dos preconceitos contra a homossexualidade encontrava-se nas religiões. Para a maioria das religiões, toda atividade sexual diversa da procriação era considerada um pecado, uma vez que se estava descumprindo com a ordem 'crescei e multiplicai-vos'.

A bíblia entra como a base legal maior para se aplicar as normas penais da época, assim a homossexualidade recai sobre o que está disposto no livro de Levítico (18:22)

“Não te deitarás com homens, como fazes com mulheres: é abominação”.

É admissível que crer que esta foi uma das formas de se estimular o aumento da população da época, onde a expectativa média de vida era de 30 anos e por isso a necessidade de se aumentar a população era notória, tendo em vista a necessidade da manutenção do sistema feudal.

O controle jurídico dos crimes da época (incluindo o de sodomia) era feito pela Inquisição, uma organização voltada ao combate dos pecados contra a igreja e o estado, sendo uma forma de poder jurisdicional, com autonomia a realizar prisões, interrogatórios e julgamentos, sempre com muita tortura e banhados a sangue, também aplicando medidas proibicionistas no cotidiano das pessoas, como o confisco de material literário não autorizado e a proibição da plebe de se alfabetizar.

No mesmo momento em que homens eram penalizados pelo crime de sodomia, as mulheres eram queimadas vivas sob suspeita de bruxaria

Os inquisidores, em toda parte, Brasil ou Europa, usavam um manual denominado *Malleus Maleficarum* que fornecia ao interrogador todos os elementos para descobrir os sinais de bruxaria em uma mulher, por mais dissimulados ou ínfimo que fossem.

(...)

As mulheres, sem exceção, são colocadas como *mal maléfico* porque, por natureza, são crédulas, faladoras, coléricas, vingativas, de vontade e memória fracas e insaciáveis, prestando-se a todas torpezas sexuais.(CHAUI, 1988, p.104-105)

Em Portugal a inquisição encontrou um terreno fértil para se estabelecer, sendo um dos países em que mais se houve essa repressão, o que trouxe a suas colônias (incluindo o Brasil) resquícios culturais que prevalecem até os dias atuais.

A legislação portuguesa da época era regida pelas ordenações do reino, sendo estas as ordenações Afonsinas (1446-1512), as ordenações Manuelinas (1512-1605) e as ordenações Filipinas (1603-1640).

A primeira a trazer a previsão como crime a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo, dando-se o nome de sodomia, está previsto nas ordenações Afonsinas com pena de ir pra fogueira,

Sobre todos os pecados, bem parece ser o mais torpe, sujo e desonesto o pecado de Sodomia, e não é achado um outro tão aborrecido ante a Deus e o mundo, pois por ele não somente é feita ofensa ao Criador da natureza, que é Deus, mais ainda se pode dizer, que

toda a natureza criada, assim celestial como humana, é grandemente ofendida: somente falando os homens neste pecado, sem outro ato algum, tão grande é o seu aborrecimento que o ar não o pode sofrer, mas naturalmente fica corrompido e perde sua natural virtude. Por este pecado lançou Deus o dilúvio sobre a terra, quando mandou a Noé fazer uma arca, em que escapasse ele e toda sua geração, porque reformou o mundo de novo; e por este pecado sorveu as cidades de Sodoma e Gomorra; por este pecado foi destruída a Ordem dos Templários por toda a Cristandade em um dia. E porque segundo a qualidade do pecado, assim deve ser punido: porém mandamos e pomos por lei geral, que todo homem que tal pecado fizer, por qualquer guisa que ser possa, seja queimado e feito pelo fogo em pó, por tal que já nunca de seu e corpo e sepultura possa ser ouvida memória.⁶

No período colonial vigorava como regime político a monárquica absolutista, esta, fortalecida pela ideia de que o monarca estava a governar a nação por intermédio de um poder divino, permitiu que o estado como instituição fosse fortemente teocrático.

Como diz Boris Fausto (2002, p.59-60) "As duas instituições básicas que, por sua natureza, estavam destinadas a organizar a colonização do Brasil foram o Estado e a Igreja Católica. Embora se trate de instituições distintas, naqueles tempos uma estava ligada à outra".

Assim, os pecados que a igreja combatia acabaram se tornando crimes, por conta da aliança com o Estado, de modo que toda conduta não cristã acaba por ser passível de punibilidade.

O ordenamento jurídico português da época da colonização previa como crime a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo, dando-se o nome de sodomia. Uma das principais penas previstas para esse crime era a pena de morte, porém na prática ela não era aplicada com muita assiduidade, no lugar aplicava-se a pena de degrado, um modo de exílio que consistia na expulsão do acusado da corte para viver em exílio na colônia, Geraldo Pieroni enfatiza isso "Teoricamente, a pena para a sodomia era muito severa, mas, na prática penal, constatamos que os sodomitas eram quase todos condenados ao degredo",⁷

Já para as mulheres, brancas e livres, o que prevalecia era o seu papel dentro da estrutura patriarcal da família, de cerne comum seu protagonismo como pessoa submissa a vontades das figuras masculinas (pai, irmão(s), marido, por exemplo), seguindo a herança da antiguidade clássica, era estimulado até pela legislação da época, um exemplo é o Livro IX, Título LXXII da ordenação Manuelina com vigência no reino de Portugal, que prevê a exclusão da filha no recebimento de herança caso não se mantenha virgem ou que contraia matrimônio sem a autorização de seus pais antes de completar os 25 anos,

Se algua filha ante que aja vinte e cinco annos dormir com aguu homem, ou fe cafar fem mandado de feu padre, ou de fua madre, por effe melmo feito fera deferdada, e excrufa de todos os bens e fazenda do padre ou madre, pofto que por elles exprefiamente nom feja deferdada⁸

⁶Tradução tirada do Wikipédia, original disponível
<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg54.htm>>

⁷Disponível online.

⁸Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/14p183.htm>>

Seu cargo na sociedade era apenas para a procriação, como exigia também a norma religiosa, que foi na conversão ao dever conjugal, em muitos casos era considerado pecado aquela mulher que sentia prazer de ter relações carnavais com seu marido, como diz Mary del Priore (2005, p.39) "Nessas relações, quase não havia espaço para o amor erotizado e as mulheres se entregavam aos maridos por amor a Deus. Enfim, Deus e não o simples amor deve ser o eixo da vida humana."

Ao contrário dele, a mulher era altamente condenada se houve-se um caso extraconjugal

Enquanto para as mulheres não se colocava sequer a possibilidade de serem desculpadas por matar maridos adúlteros, para os homens a defesa da honra perante o adultério feminino comprovado encontrava apoio nas leis. O marido traído que matasse a adúltera não sofria qualquer punição. (PRIORE, 2005, p.58)

Mesmo com a tentativa do Estado e da Igreja (que juntos se convergiam em um poder uno) em assexuar e promover a invisibilidade da sexualidade, principalmente a feminina, ainda existiam (muitos) casos de adultério feminino, "Mesmo conscientes de que o castigo do adultério feminino era bem mais rigoroso do que o do masculino, as mulheres da colônia não deixavam de cometer esse pecado – do ponto de vista da Igreja – ou, esse crime- aos olhos do Estado." (PRIORE, 2005, p.60)

Ao passar dos anos, a sociedade da época passou por mudanças, o que provocou uma mudança na estrutura organizacional da família tradicional e elitizada brasileira, nesse contexto as mulheres começaram a se empoderar na questão que atinge a administração e chefia da casa, desse modo começa a mudar o modelo tradicional patriarcal entre as famílias mais abastadas (tendo em vista que as mais humildes não tinham a mesma estrutura patriarcal) como esclarece Fausto (2002, p.73)

Em determinadas circunstâncias, elas desempenharam um relevante papel nas atividades econômicas. Isso ocorreu na região de São Paulo, onde as mulheres, descritas, por um governador da capitania por volta de 1692 como 'formosas e varonis', assumiam a administração da casa e dos bens, quando os homens se lançavam por vários anos as expedições no sertão.

Outro aspecto interessante a ser constatado é sobre outros grupos que viviam no Brasil durante o período colonial, como os indígenas e os negros, que por sua condição étnica, tinha um tratamento social (e jurídico) diferenciado (negligenciado).

IV – O TRATAMENTO AOS SUJEITOS DE SEGUNDA CLASSE: NEGROS E INDIOS

Com a chegada dos colonizadores em terra tupiniquins, teve-se em primeiro momento um choque ao ver que muitas tribos indígenas tratavam a homossexualidade como algo natural, de fato, a relação que regia essas tribos se dava não pelo fator sexual e sim pelo binarismo de gênero, conta Trevisan (2001)

(...) Quando na aldeia um homem certa vez adotou adornos femininos, passou a realizar tarefas de mulher e se amasiou com outro homem, o máximo que lhe fizeram foram brincadeiras, por quebrar padrões usuais. Chamando de 'mulher habilidosa', por sua impressionante capacidade para tarefas femininas, ele viveu até o fim da vida como mulher

A sociedade indígena que era então consistia na divisão de tarefas de acordo com o gênero masculino e feminino se adaptava bem quando havia essa subversão da ordem, considerada pelo homem branco como natural.

No que abrange as mulheres indígenas, houve a sua objetificação e erotização quase que por imediata, pois o conceito de moral trazidas pelos europeus, aparentemente, somente serviam na Europa, em terras indígenas tal norma não tinha validade, tanto pelos próprios europeus que ao passar do tempo começaram a desconsiderar os padrões morais que tinham como formação como também a própria sociedade indígena não compartilhar desses mesmos valores, e o fato de haver uma quantidade de homens europeus bem inferior ao de mulheres indígenas, mas com um devido aparato tecnológico até então por elas desconhecidas, permitiu que a dominação dessas mulheres (e dos índios como um todo) acontecesse com maior agilidade.

Sterns (2010, p. 121) retrata como a instituição estatal interferiu na livre sexualidade que as mulheres indígenas tinham

No que tange a esse aspecto das interações entre europeus e nativos, o ponto mais enfatizado era o controle sexual das mulheres. A influência europeia estimulou a crescente dominação masculina no âmbito familiar, inclusive por meio da violência, se necessário. Outrora bastante liberais, as oportunidades de que dispunham a mulher para abandonar o marido agora sofreram pesadas restrições por parte da lei colonial.

Neste mesmo sentido de dominação, tem-se com maior legitimação a opressão sofridas por negros

que provenientes de tribos da África vinham a servir em regime de escravidão os senhores brancos no Brasil.

A legislação da época previa que os negros capturados não passavam de meros objetos, refutando seu acesso a direitos e cidadania, a igreja ratificava a decisão ao dizer que negros não possuíam alma, assim condutas que hoje tipificam crimes como estupro na época fazia parte apenas das prerrogativas de uso que o dono tinha sobre a sua coisa (escravo/a).

O uso doméstico da mulher escrava (e mais veladamente do homem) na formação sexual dos componentes de famílias escravocratas se torna algo muito comum, seria nesse sentido, a(o) escrava(o) o primeiro acessório sexual da história do Brasil, porém o discurso ultra moral da sociedade da época utilizava a sexualidade dos negros escravizados como pressuposto para manter a sua manutenção nesta condição, Gilberto Freyre (2001, pg. 372) critica tal pensamento ao dizer

é absurdo responsabilizar-se o negro pelo que não foi obra sua nem do índio, mas do sistema social e econômico em que funcionaram passiva e mecanicamente. Não há escravidão sem depravação sexual. É da essência mesma do regime. Em primeiro lugar o próprio interesse econômico favorece a depravação criando nos proprietários de homens imoderado desejo de possuir o maior número possível de crias. Joaquim Nabuco colheu num manifesto escravocrata de fazendeiros as seguintes palavras, tão ricas de significação: 'a parte mais produtiva da propriedade escrava é o ventre gerador.

V - CONCLUSÃO:

A necessidade de se conhecer como se dava as relações sociais e jurídicas, tanto na esfera privada, como nas relações oriundas da esfera pública, se torna uma necessidade latente para se entender os fenômenos e mudanças sociais que abarcam até a contemporaneidade.

A epistemologia da história do direito nos permite verificar quais os principais motivos dos costumes que constroem o poder da instituição estatal que regula a (nossa) sociedade, de modo a constatar ao que ponto que houve contribuições e retrocessos trazidos de épocas anteriores a nossa.

Quando se trata da luta pela equidade de direitos entre grupos majoritários e minoritários, é necessário que se verifique aonde estão construídas as relações de poder que caracteriza esses dois grupos, no caso da sexualidade e do gênero, acabou sendo fruto de uma construção histórica que ao passar dos tempos foi incorporada pela instituição que é o Estado e acabou se naturalizando, a ciência dessa naturalização discricionária e violenta é o ponto de partida para que possamos, para o futuro, promover a desconstrução dessa opressão e assim aplicar de fato, a equidade de direitos civis e das próprias relações sociais.

VI - BIBLIOGRAFIA

PIERONI, Geraldo. **Os excluídos do Reino: a Inquisição portuguesa e o degredo para o Brasil Colônia**. Brasília: Editora UnB, 2000.

_____. **A pena do degredo nas Ordenações do Reino**. UFSC. Florianópolis Disponível em <[Http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11658-11658-1-PB.htm](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11658-11658-1-PB.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2014

CHAUÍ, Marilena. **Repressão Sexual – Essa nossa (des)conhecida**. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Edusp, 2002.

MATTOS, Hebe Maria. **Escravidão e Cidadania no Brasil Monárquico**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

STERANS, Peter N. **Historia da sexualidade**. São Paulo: Contexto, 2010.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso - A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 3. ed. São Paulo: Record, 2000.

PRIORE, Mary del. **História do Amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2005.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. 42. ed. São Paulo: Record. 2001.

RODRIGUES, Humberto; LIMA, Cláudia de Castro. **Vale tudo: Homossexualidade na Antiguidade. Aventuras na História**. Disponível em <[Http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/vale-tudo-homossexualidade-antiguidade-435906.shtml](http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/vale-tudo-homossexualidade-antiguidade-435906.shtml)> Acesso em: 04 de abril de 2015.

DIETER, Cristina Ternes. **As raízes históricas da homossexualidade, os avanços no campo jurídico e o prisma constitucional**. IBDFAM. Belo Horizonte. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/As%20ra%C3%ADzes%20hist%C3%B3ricas%2012_04_2012.pdf>. Acesso em: 12 Dez. 2014.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**. Disponível em <[Http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg53.htm](http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg53.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2014.

PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas**. Disponível em <[Http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/15p47.htm](http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/15p47.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2014.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em <[Http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1162.htm](http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1162.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2014.

**FAECA DOM BOSCO
DE MONTE APRAZÍVEL**



**REVISTA JURÍDICA
O SABER
COMPLETAMENTE**