

# UNIJUS

Revista Jurídica



**UNIUBE**  
Educação e Responsabilidade Social



# **Universidade de Uberaba**

## **Reitor**

Marcelo Palmério

**Pró-Reitor de Pesquisa,  
Pós-Graduação e Extensão**

André Luís Teixeira Fernandes

**Pró-Reitora de Ensino Superior**

Inara Barbosa Pena Elias

**Diretora do Curso de Direito**

Andréa Queiroz Fabri

**Coordenador Editorial**

André Menezes Delfino

## **Ministério Público do Estado de Minas Gerais**

**Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba**

**Coordenadoras:** Miralda Dias Dourado de Lavor – Promotora de Justiça

Sandra Maria Silva Rassi – Promotora de Justiça

## **Revista Jurídica UNIJUS**

Produção da Universidade de Uberaba em parceria com o Ministério Público do  
Estado de Minas Gerais

(Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba, MG).

Revisão ortográfica e gramatical: Irene de Lima Freitas

Colaborador: Peterson de Sousa Sene

Editoração

Produção de Materiais Didáticos / Uniube

Foto da capa: © James Steidl

Catálogo elaborado pelo Setor de Referência da Biblioteca Central da UNIUBE

Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do  
Estado de Minas Gerais.

v. 14, n. 19, 2014 – Uberaba, MG: Universidade de Uberaba, 2014.

Anual

ISSN 1518-8280

1. Direito. I. Universidade de Uberaba. II. Ministério Público do Estado de  
Minas Gerais.

CDD: 340

## **Conselho Editorial**

Andréa Queiroz Fabri	João Vicente Davina
Aloísio Cunha Soares Júnior	José Carlos Fernandes Júnior
Carlos Alberto Valera	Lúcio Delfino
Claudine Lara Aurélio Bettarello	Lúcio Eduardo Brito
Edson Resende	Mara Lúcia Dourado
Eduardo Pimentel de Figueiredo	Maria Berenice Dias
Guido Luiz Mendonça Bilharinho	Mauro Antonini
Inácio de Carvalho Neto	René Bernardes de Souza Júnior
João Delfino	Wagner Guerreiro
João Rodrigues dos Santos Neto	

Os trabalhos devem ser enviados para:

Revista Jurídica UNIJUS – *E-mail*: revista.unijus@uniube.br

## **Universidade de Uberaba – UNIUBE**

Av. Nenê Sabino, 1801 – Bairro Universitário  
CEP 38.055-500 – Uberaba-MG  
Telefone: PABX (34) 3319.8800 - FAX (34) 3314.8910  
Coordenador Editorial da Revista:  
André Menezes Delfino  
*E-mails*: andre@delfino.adv.br / andre.delfino@adv.oabmg.org.br

## **Ministério Público de Minas Gerais Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba**

Rua Segismundo Mendes, n.º 175 - Centro  
CEP 38.010-140 – Uberaba-MG  
Telefone (34) 3313.6142 - Fax (34) 3333.8996  
Coordenadoras:  
Miralda Dias Dourado de Lavor  
Sandra Maria Silva Rassi  
*E-mails*: miralda@mpmg.mp.br / sandras@mpmg.mp.br

Os trabalhos apresentados exprimem conceitos da responsabilidade dos seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da coordenação da Revista. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Tiragem: 1.500 exemplares - Periodicidade anual.  
(Solicita-se permuta / exchange desired)

### **ATENÇÃO**

**As normas para apresentação e envio dos trabalhos encontram-se no final deste fascículo.**



# SUMÁRIO

---

<b>A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA</b>	<b>3</b>
Fausto Bawden de Castro Silva	
<b>A RELEVÂNCIA DO AFETO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO</b>	<b>17</b>
Anna Carolina de Sales	
Guilherme Bove Canassa	
Karime de Oliveira Nabbout	
<b>CONDOMÍNIO FECHADO, ASSOCIAÇÃO DE MORADORES E LEI MUNICIPAL</b>	<b>37</b>
Paulo Fernando Silveira	
<b>A NOVA SISTEMÁTICA EXECUTIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS SEUS REFLEXOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS CÍVEIS</b>	<b>69</b>
Vívian Lopes Pereira	
<b>LESÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA ISONOMIA NA ESFERA DA INSTÂNCIA SUPERIOR NO QUE CONCERNE À MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA</b>	<b>89</b>
Tarcísio Marques	
Edson Alexandre da Silva	
<b>A INQUISITORIEDADE NO PROCESSO: (IN)ADEQUAÇÃO DO SISTEMA INQUISITÓRIO AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b>	<b>99</b>
Ulisses Moura Dalle	
<b>CRÍTICAS AO SENSACIONALISMO NO DIREITO PENAL</b>	<b>119</b>
Fábio Guedes de Paula Machado	
<b>PROCESSO E DEMOCRACIA: A DEVIDA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA PRODUÇÃO DAS LEIS</b>	<b>131</b>
Adriana Marques Aidar	

<b>IMPLICAÇÕES DA SÚMULA VINCULANTE Nº 04 NA (DES)REGU- LAMENTAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE</b>	<b>151</b>
Mônica Rodrigues Carvalho	
<b>O REFLEXO DO FLUXO MIGRATÓRIO NO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL</b>	<b>173</b>
George Júnior Pereira	
<b>UM POUCO MAIS DE “PRECAUÇÃO” COM AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: AS GERAÇÕES FUTURAS AGRADECERÃO</b>	<b>187</b>
Matheus Almeida Caetano	

# EDITORIAL

---

Esta edição traz em seu bojo artigos de juristas, professores e acadêmicos de diversas áreas do conhecimento jurídico, visando desencadear reflexões relacionadas ao Direito Brasileiro no cotidiano de nossa sociedade.

O artigo intitulado “A presunção da paternidade na inseminação artificial heteróloga”, da autoria de Fausto Bawden de Castro Silva, disserta acerca da inseminação artificial homóloga e heteróloga e as respectivas relações de parentesco, segundo o Código Civil, além da presunção de paternidade destacada na inseminação artificial heteróloga.

No que tange ao Direito de Família, o artigo “A relevância do afeto no Direito contemporâneo”, dos autores Anna Carolina de Sales, Guilherme Bove Canassa e Karime de Oliveira Nabbout, aborda a temática do afeto, no contexto jurídico da contemporaneidade, e as mudanças conceituais no Direito que devem acompanhar as alterações de valores da sociedade. O artigo ressalta o atual marco teórico constitucional - baseado na Dignidade da Pessoa Humana - e a entidade familiar, que deixou de se justificar pelo patrimônio ou apenas pelo casamento em si, cedendo espaço para a afetividade.

Da autoria de Paulo Fernando Silveira, o artigo “Condomínio fechado, associação de moradores e lei municipal” procura evidenciar inúmeras ilegalidades e inconstitucionalidades praticadas por alguns municípios e associações de moradores, ao fecharem – mediante a edição de lei municipal e a assinatura de contrato de direito real de uso – ruas e praças públicas, visando à implantação de condomínios particulares fechados, cujos ônus associativos – inclusive aqueles que são decorrentes das transferências de bens públicos – estão sendo cobrados não só dos moradores membros dessas agremiações, mas também, coercitivamente, dos moradores não membros.

O artigo “A nova sistemática executiva do Código de Processo Civil e os seus reflexos nos juizados especiais estaduais cíveis”, de Vivian Lopes Pereira, tem por objetivo expor como as principais alterações – estipuladas pela Lei 11.232 de 2005 no procedimento executivo do Código de Processo Civil – interferiram na medida executiva estabelecida pela Lei 9.099 de 1995.

“Lesão ao Princípio do Contraditório e da Isonomia na esfera da instância superior no que concerne à manifestação da Procuradoria de Justiça”, artigo de Tarcísio Marques e Edson Alexandre da Silva, trata dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito sob um olhar crítico em relação ao Direito nas áreas Constitucional, Penal e Processual Penal.

Sob a ótica do Processo Penal, o artigo “A inquisitorialidade no processo: (in)adequação do sistema inquisitório ao paradigma do Estado Democrático de Direito”, da autoria de Ulisses Moura Dalle, traz uma crítica aos sistemas acusatório e inquisitório atuais, tendo em vista parâmetros estabelecidos no modelo constitucional do processo e no Estado Democrático de Direito.

O artigo de Fábio Guedes de Paula Machado, “Críticas ao Sensacionalismo no Direito Penal”, aponta alguns dos já conhecidos problemas enfrentados na área de Direito Penal e propõe uma reflexão a respeito das práticas penais adotadas atualmente no Brasil.

Inserido na área de Direito Constitucional, o artigo “Processo e Democracia: a devida participação popular na produção das leis”, de Adriana Marques Aidar, evidencia a íntima relação entre processo e democracia – abordando aspectos do desenvolvimento histórico, conceitos e correlações entre esses temas – e defende o ponto de vista de que apenas por meio do Processo é possível resgatar a importância da participação popular na instituição do Estado Democrático.

Pertencente à esfera do Direito Trabalhista, o artigo “Implicações da Súmula Vinculante nº 04 na (des)regulamentação do adicional de insalubridade”, da autoria de Mônica Rodrigues Carvalho, trata da regulamentação do adicional de insalubridade e sua base de cálculo no cenário jurídico, após a edição e publicação da Súmula Vinculante nº 04 do Supremo Tribunal Federal, a qual proibiu a utilização do salário mínimo como base de cálculo do referido adicional e vedou a regulamentação da matéria por decisão judicial.

Do ponto de vista do Direito Previdenciário, o artigo “O reflexo do fluxo migratório no Sistema de Previdência Social”, de George Júnior Pereira, trata da questão previdenciária, no âmbito do Direito Internacional, com abordagens a respeito da dinâmica capitalista e do processo de globalização; do fluxo de pessoas e padronização de culturas; da formação de blocos econômicos e da expansão do comércio entre Estados. Além disso, o artigo discute a tendência de unificação de legislações dos Estados que pretendem assegurar, aos trabalhadores, os direitos básicos para uma vida digna, conforme o que já foi reconhecido internacionalmente como Direitos Humanos.

O último artigo desta edição, “Um pouco mais de ‘precaução’ com as áreas de preservação permanente: as gerações futuras agradecerão”, de Matheus Almeida Caetano, discute questões relacionadas a áreas ambientais consagradas pela legislação brasileira, por serem destinadas à preservação e manutenção do equilíbrio ambiental, isto é, áreas que, em razão de sua importância ecológica, não estão sujeitas – em regra – a intervenções humanas. O artigo tenta evidenciar que o atual modelo da sociedade de risco facilita a compreensão da razão pela qual o Estado não consegue fiscalizar e aplicar a legislação ambiental de forma satisfatória.



# A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

## The presumption of paternity in heterologous artificial insemination

*Fausto Bawden de Castro Silva<sup>1</sup>*

### Resumo

É objetivo do presente trabalho dissertar acerca da inseminação artificial homóloga e heteróloga, das relações de parentesco no Código Civil e da presunção de paternidade na inseminação artificial heteróloga, de maneira não a esgotar o assunto, mas, de forma sucinta e clara, tudo sob o prisma fundamental da questão, que, inclusive, dá título ao presente artigo.

**Palavras-chave:** Inseminação artificial. Paternidade. Presunção de Paternidade. Inseminação artificial homóloga. Inseminação artificial heteróloga.

### Abstract

*This article discusses homologous and heterologous artificial insemination, Kinship within the framework of the Civil Code, and the presumption of paternity in cases of heterologous artificial insemination. The article, as the title suggests, addresses the fundamental issues in a concise and clear manner.*

**Keywords:** Artificial insemination. Paternity. Presumption of paternity. Insemination artificial homologous. Insemination artificial heterologous.

## INTRODUÇÃO

Antes de adentrar no âmago da questão, necessário se faz tecer algumas palavras acerca das ciências que referenciam a Bioética e o Biodireito. Tanto a Ciência Ética como a Ciência Experimental, seja médica ou biológica, são equidistantes entre si, pelo conteúdo e objeto de estudo. Esta descreve fatos, enquanto aquela, valores e normas sobre as quais se deve proceder de certa maneira.

### 1 Inseminação artificial: conceito

Diversas foram as etapas necessárias para se introduzir a tecnologia da inseminação artificial. Depois de um determinado número de experiências realizadas em animais no séc. XIX, nos anos 30 foram feitas as primeiras experiências utilizando-se seres humanos, estas na Itália (Universidade de Bari). De lá para cá, o procedimento desenvolveu-se em proporções geométricas, alcançando níveis nunca antes imaginados, e, é claro, devidamente tutelado hoje, pela legislação moderna.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 1ª Vara de Família de Uberaba. Especialista em Direito Civil pela PUC-MINAS.

---

A inseminação artificial, também denominada de procriação artificial ou reprodução medicamente assistida, conforme ensina Marques:

[...] consiste num conjunto de técnicas com as quais é possível a reprodução humana sem o ato sexual. Fala-se em inseminação artificial homóloga quando o material genético pertence ao casal interessado; heteróloga, quando o material genético não provém do casal ou de um dos componentes deste. É utilizada quando o casal possui fertilidade, mas não conseguem a fecundação por meio do ato sexual (MARQUES, 2006).

Assim, tecnicamente pode-se dizer que inseminação artificial é o ato pelo qual se insere sêmen no corpo da mulher por meio de uma transferência feita artificialmente, mediante uma seringa, por via transabdominal, ou por via transvaginal (catéter). Dito procedimento visa superar limites encontrados em homens e mulheres de terem filhos, por infertilidade.

## **2 Tipos de inseminação artificial**

Dentre várias técnicas que se apresentam para promover a inseminação artificial, como a de se transpor os dois gametas (óvulo e sêmen) para o interior do corpo da mulher (transferência dos gametas para dentro das trompas), bem como a FITE (fecundação *in vitro* com transferência de embriões) conhecida como “bebê de proveta”, serão utilizadas para fins desta pesquisa a inseminação artificial homóloga e a heteróloga, abaixo delineadas.

### **2.1 Inseminação artificial homóloga**

Esta se dá, no processo de inseminação artificial, quando o sêmen é do esposo, ou seja, por motivos vários, esse é cedido pelo esposo para, através de técnicas cirúrgicas, ser implantando no ovário da mulher e, entrando em contato com os óvulos, venha a gerar o embrião, para, então, desenvolver-se até o nascimento, dentro de nove meses, comumente.

A dita inseminação geralmente acontece por problemas do homem em fecundar a mulher (pouca quantidade de espermas – não é infertilidade; os espermas não avançam até o encontro dos óvulos, entre outros motivos), ou mesmo por problemas apresentados pela mulher, caso em que, então, é necessária a intervenção cirúrgica.

### **2.2 Inseminação artificial heteróloga**

Esta se dá, geralmente, quando há a infertilidade do esposo (pode ser também nos casos de infertilidade da esposa, ou incompatibilidade do sangue provocada pelo fator Rh), e a inseminação é feita com o sêmen de outro que não o dele, ou seja, a

inseminação artificial será heteróloga quando o espermatozóide ou o óvulo utilizado vier de um doador estranho ao casal: é a denominada doação de gametas.

A esse respeito, Veloso fez

[...] interessante observação ao destacar que a tecnologia ocidental encontrou na inseminação heteróloga um meio de resolver o problema da esterilidade do marido sem ofender a tradição da fidelidade judaico-cristã e respeitar a intimidade da família conjugal moderna (VELOSO, 1997, p. 152).

A inseminação heteróloga pressupõe, então, a doação de gametas. Tal prática comporta três aspectos essenciais:

- a) licitude;
- b) gratuidade;
- c) anonimato de doadores e receptores.

A gratuidade vem intimamente associada à licitude, pois aquela é requisito-mor para esta, sem a qual a doação estará eivada de ilicitude, visto que não pode haver lucro ou intuito comercial em ditas doações.

Realmente, como bem colocam Oliveira e Borges Júnior,

[...] a venda de gametas geraria um comércio imoral, calcado na dor das pessoas que não podem ter filhos e certamente representaria outro obstáculo ao tratamento que, pela complexidade das técnicas, normalmente apresenta altos custos (OLIVEIRA; BORGES JÚNIOR, 2000, p. 33).

Em tal sentido, a CF/88, em seu art. 199, § 4º, prega que:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...]

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (BRASIL, 1988).

Ainda assim, a Resolução n. 1.358/92 do CFM (Conselho Federal de Medicina) prevê normas éticas aplicáveis à classe médica no que se refere à reprodução assistida, determinando a proibição comercial ou se auferir lucro com a doação de gametas.

---

Por fim, é garantido o anonimato dos doadores e receptores, também regulado na respectiva resolução acima citada. Tal medida tem por fim assegurar a inserção total da criança na família dos receptores, evitando, assim, eventuais traumas psicológicos, constrangimento aos pais pelo doador, no futuro, e também evitando possíveis chantagens deste para com aqueles.

### 3 Presunção de paternidade: aspectos relevantes

Tem-se, no presente tópico, a raiz do trabalho ora proposta, o qual, inclusive, figura no título do trabalho em comento: a possibilidade da negação da paternidade, por parte do marido, de filho advindo de fecundação heteróloga na esposa daquele. É um tema deveras delicado, celeumático e que exige bastante reflexão e atenção dos que estão envolvidos na resolução de dita argumentação negatória, quando proposta.

No atual Diploma Civil foram inseridos três dispositivos no art. 1.597 no que se refere à presunção de paternidade de filhos nascidos por reprodução assistida, sendo que interessa ao trabalho ora proposto o último deles. Dispõe este artigo que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.

V – **havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.** (BRASIL, 2002a, grifo nosso).

Pois bem. O que se pode afirmar, de antemão, é que a legislação pátria ainda não se manifestou acerca da possibilidade de se negar a paternidade em casos de filho havido de inseminação heteróloga, ação esta proposta pelo pai/esposo, levando-se a supor que a qualquer momento poderá o dito pai socioafetivo vir a contestar tal filiação. Entretanto, não é assim que vem entendendo a jurisprudência.

Outrossim, seria justo sujeitar o filho às indecisões paternas? Este motivo, dentre outros, vem levando os Tribunais pátrios a decidirem, tomando por base os casos de adoção, vindo a, inclusive, estabelecer um *status* jurídico para os filhos concebidos de tal reprodução assistida, para que tenham esses as mesmas garantias dos filhos ditos naturais, principalmente no plano sucessório.

Como se sabe, a presunção de paternidade não tem caráter *juris et de jure* ou absoluta, mas *juris tantum* ou relativa, no que concerne ao pai, o qual pode contestá-la, produzindo prova no sentido contrário da suposta filiação a ele imputada, sendo que tal ação negatória de paternidade é personalíssima, sendo

privativa do marido, pois só ele tem legitimidade ativa para propô-la, nos termos exatos do art. 1.601, *caput*, do Código Civil.

Ainda assim, tal contestação não pode ser feita ao bel prazer do marido, devendo ele para tanto mover a competente ação judicial, fazendo prova de uma das previsões legais elencadas em lei – arts. 1.599, 1.600, 1.602 e 1.597, V, – quais sejam:

Art. 1.599. A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.

Art. 1.600. Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

Art. 1.602. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002a).

Com a entrada em vigor do atual Diploma Civil, não se fala mais em prazo para se contestar a paternidade, pelo fato de que a dicção do art. 1601 do referido diploma tornou tal ação não passível de prescrição. Entretanto, nos casos de fecundação heteróloga, um cuidado maior deve ser tomando ao arrepio do que foi agora dito, como se verá.

A paternidade jurídica, como se pode claramente notar, é uma imposição presumida da lei, conforme art. 1597 e incisos, do Código Civil, não sendo relevante o fato de o marido ser ou não o responsável pela gestação, descartando-se, então, a verdade real para atender à necessidade de estabilização social e de proteção ao direito à filiação. Outrossim, fica garantido o direito de se propor a ação de negação de paternidade, em caso de suspeita de que o filho não seja do pai (suposto, no caso da ação). Mas, nos casos de inseminação artificial consentida a problemática toma outros contornos.

#### **4 Inseminação artificial heteróloga consentida**

Por via normal, o casal deverá decidir se deseja ter filhos e, caso ocorra a opção ou a necessidade de inseminação artificial heteróloga, determina a lei que esta ocorra com a prévia autorização do marido, artigo 1597, V do Código Civil.

Não estabelece a Lei Civil se o consentimento deve ser expresso (por escrito) ou tácito (verbal). A omissão legislativa traz dúvidas e insegurança. Como deve proceder a esposa para se assegurar de que está praticando um ato com a devida segurança jurídica? Basta a autorização tácita ou é necessária a autorização expressa?

Como a Lei Civil não exige a autorização expressa, resta claro que basta a autorização tácita ou verbal do marido, pois se fosse exigida a autorização

---

expressa deveria isto constar textualmente da parte final do inciso V do artigo 1597 do Código Civil.

A presunção decorrente da autorização tácita ou verbal é relativa ou *juris tantum*, a qual admite prova em contrário e, portanto, autoriza o ajuizamento da ação negatória de paternidade pelo marido, a qualquer momento. Situação que traz intranquilidade e insegurança familiar, pois a qualquer momento poderá ser proposta ação negatória de paternidade alegando simplesmente que não deu o consentimento para a inseminação heteróloga.

A questão depende de imediata regulamentação por lei, a fim de se estabelecer a forma e consequências do consentimento do marido para a inseminação artificial heteróloga.

O Projeto de Lei nº 6.960/2002, pretendendo alterar o artigo 1.601, propõe a seguinte redação:

O direito de contestar a relação de filiação é imprescritível e cabe, privativamente, às seguintes pessoas:

I – ao filho;

II – àqueles declarados como pai ou mãe no registro de nascimento;

III – ao pai e à mãe biológicos;

IV – a quem demonstrar legítimo herdeiro.

§1º Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

§2º A relação de filiação oriunda da adoção não poderá ser contestada.

**§3º O marido não pode contestar a filiação que resultou de inseminação artificial por ele consentida; também não pode contestar a filiação, salvo se provar erro, dolo ou coação, se declarou no registro que era seu o filho que teve com a mulher;**

§4º A recusa injustificada à realização das provas médico-legais acarreta a presunção da existência da relação de filiação (BRASIL, 2002b, grifo nosso)

Ante a omissão legislativa, em caso de consentimento verbal ou tácito do marido para inseminação artificial heteróloga de sua esposa, será possível a tramitação da ação negatória de paternidade, por se tratar de presunção da paternidade relativa ou *juris tantum*.

#### **4.1 Inseminação artificial heteróloga com consentimento expresso**

Outra situação pode surgir quando a esposa procede à inseminação artificial heteróloga, mediante o consentimento prévio, expresso ou escrito do marido.

Sendo a autorização expressa ou por escrito, não há de se cogitar, no futuro, que o marido entre com uma negatória de paternidade, pois o consentimento é

irretratável, determinando, por conseguinte, a filiação. O marido que consinta na inseminação heteróloga não poderá negar a paternidade do filho, pois, conforme ensina Leite (1995, p. 371), “a anuência do mesmo é prova irrefutável de que deseja o filho, e, portanto, não mais milita em seu favor tal recurso”.

Segundo Diniz:

A paternidade então, apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se a relação socioafetiva. Seria torpe, imoral, injusta e antijurídica a permissão para o marido que, consciente e voluntariamente, tendo consentido com a inseminação artificial com espermatozoides de terceiro, negasse, posteriormente, a paternidade. (DINIZ, 2006, p. 450).

E continua lecionando:

Por isso, há quem ache, como Holleaux, que tal anuência só será revogável até o momento da inseminação; feita esta, não poderá desconhecer a paternidade do filho de sua esposa. Deveras, como admitir o *venire contra factum proprium*, se indica ato contraditório com o comportamento anterior, contrário à boa fé, pois ninguém pode alegar, em juízo, a própria malícia? Como bem pondera Zeno Veloso: “Seria injurídico, injusto, além de imoral e torpe, que o marido pudesse desdizer-se e, por sua vontade, ao seu arbítrio, desfazer um vínculo tão significativo, para o qual aderiu consciente e voluntariamente”. (DINIZ, 2006, p. 451).

No mesmo sentido, Pereira (2005) em nota ao artigo 1.597, V do Código Civil: “4. A autorização prévia do marido (inciso V) para a inseminação heteróloga não é propriamente uma presunção. Trata-se de um “reconhecimento” e consentimento”.

E mais adiante, em nota ao artigo 1601 do Código Civil: “2. Há flagrante contradição com o artigo 1.597, V, o qual estabelece a possibilidade de paternidade socioafetiva, através da presunção de paternidade por inseminação heteróloga.” (PEREIRA, 2005).

Pelo Enunciado n. 104 do Conselho de Justiça Federal (aprovado nas Jornadas de Direito Civil de 2002), foi definido que:

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida,

---

dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento. (BRASIL, 2002C).

Pelo enunciado nº 258 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil:

Não cabe a ação prevista no artigo 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V do artigo 1.579, cuja paternidade configura presunção absoluta. (BRASIL, 2007).

Na mesma linha de pensamento, alguns autores, como Guilherme C. Nogueira da Gama, entendem que “o art. 1.597, V, gera presunção *juris et de jure*, assim, não será possível admitir, juridicamente, a impugnação da paternidade para aquele que anuiu no projeto de reprodução assistida heteróloga, observando-se o princípio da paternidade responsável (CF, art. 226, § 7º)”, (DINIZ, 2006, p. 445).

Não seria justo manter a esposa que tomou todas as precauções devidas, obtendo o devido consentimento expresso de seu marido para a inseminação artificial heteróloga, em situação de risco, ou seja, risco de a qualquer momento ter de responder a uma ação negatória de paternidade por parte de seu marido.

Se a lei estabeleceu a presunção relativa através do simples consentimento do marido, em havendo o consentimento expresso, a presunção ganha contorno de presunção absoluta, pois o ato passa a ser verdadeiro reconhecimento e consentimento.

Nessa hipótese, entendo que ocorrerá a presunção *juris et de jure*, ou absoluta da paternidade, e não será possível ao marido ingressar com a ação negatória de paternidade.

#### **4.2 Inseminação artificial heteróloga não consentida**

Uma outra situação merece ser avaliada, quando ocorrer a inseminação artificial heteróloga, sem o consentimento ou mesmo sem o conhecimento do marido. Então, como ficaria tal questão? À falta de autorização do marido, expressa ou não, estaria a esposa praticando unilateralmente um ato que pode não corresponder à vontade do marido, atentando inclusive contra a moral e a honra do marido, pois não podendo ou não querendo ter filhos, ver-se-ia obrigado a tal situação, sendo forçado a aceitar como filho, um filho gerado por vontade exclusiva de sua esposa, sem sua anuência ou participação.

Toda decisão relativa à filiação deve ser tomada pelo casal como decisão conjunta, e não de forma isolada de um ou outro cônjuge, cabendo, aí sim, a devida ação negatória de paternidade, a qual, certamente, obterá sucesso, visto que o marido não pode ser coagido legalmente a ser pai de uma criança contra sua vontade e sem ter autorizado quando do ato da inseminação.



Como visto, melhor seria que o legislador tivesse exigido a autorização expressa do marido para a inseminação artificial heteróloga de sua esposa, o que sem sombra de dúvidas iria evitar conflitos e demandas judiciais, que certamente irão ocorrer.

## 5 Vícios de consentimento

Como visto anteriormente, o marido que consentiu de forma expressa a inseminação artificial heteróloga de sua esposa não poderá intentar a ação negatória de paternidade.

Todavia, pode ocorrer que o consentimento expresso do marido tenha sido obtido mediante vício do consentimento, como erro, dolo ou coação, que representam defeito no negócio jurídico, tornando-o passível de anulação.

Adverte ainda a autora supracitada que

uma vez declarada a vontade de reconhecer, o ato passa a ser irrevogável ou irrevogável, inclusive se feito em testamento (CC, art. 1.610), por implicar uma confissão de paternidade ou maternidade (RT, 371:96), apesar de poder vir a ser anulado se inquinado de vício de vontade como erro, coação (AJ, 97:145) ou se não observar certas formalidades legais. (DINIZ, 2006, p. 466-467).

Nesses casos, deverá o marido demonstrar que, apesar de ter consentido de forma expressa a inseminação, o consentimento se deu de forma viciada, e deverá ele descrever qual o vício que recaiu sobre o ato e como este foi praticado, postulando a sua anulação, através da ação anulatória de ato jurídico.

## CONCLUSÃO

O Código Civil de 1916 adotou o sistema de presunção de paternidade no qual era considerado pai quem era casado com aquela que gerou o filho. Nesse sistema, que visava preservar a estabilidade da família, a presunção era a regra que se sobrepunha à situação fática, ou seja, não importava quem era o real pai da criança.

O sistema legislativo impedia que se questionasse prole adulterina em face de mulher casada, pois considerava que *pater is este quem nuptiae demonstrant*.

O marido dispunha de prazos exíguos para mover a ação negatória de paternidade, o que sem sombra de dúvidas lhe causava enormes prejuízos, muitas das vezes irreversíveis, pois superados os prazos legais para propositura da ação, não mais podia ele contestar a paternidade.

---

O sistema de presunção de paternidade com prazo exíguo para a ação negatória de paternidade causou inúmeras situações indesejáveis, impondo uma relação fictícia de filiação, somente porque a lei não autorizava o ajuizamento da ação negatória de paternidade após transcorridos o prazo específico. Era a presunção se sobrepondo à situação fática.

A situação se complicou, à medida que surgiram os exames laboratoriais que permitiram obter a certeza da paternidade, o que sem sombra de dúvidas, causou ainda mais insatisfação da sociedade, pois agora o marido passou a ter certeza de que não era o pai daquele filho, mas nada podia fazer.

As lides forenses foram se avolumando, pois se discutia se a lei poderia se sobrepor à paternidade real.

O atual Código Civil em seu artigo 1.601 dispõe que cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Todavia, ao tempo que se privilegiou a paternidade real, o novo Código Civil, também trilhou novos caminhos, ao privilegiar a paternidade socioafetiva, que nada mais é do que o estabelecimento de uma situação fática de vínculo de paternidade, o qual se sobrepõe à verdade real da paternidade.

Surgiram ainda com o novo Código Civil os filhos havidos por fertilização assistida, através da inseminação artificial homóloga ou inseminação artificial heteróloga, o que foi previsto nos incisos III, IV e V do artigo 1.597.

Ante a falta de regulamentação específica desta nova modalidade de geração de prole, muitas dúvidas surgirão, e a matéria merece imediata regulamentação.

Como ficará a situação do marido ante o filho havido de inseminação artificial heteróloga de sua esposa? Pode ele propor ação negatória de paternidade?

A resposta é sim. O artigo 1.601 do Código Civil estabelece como imprescritível a ação negatória de paternidade por parte do marido, desta forma, a qualquer momento, poderá ele mover a ação negatória de paternidade.

Todavia, tendo o marido consentido expressamente a inseminação artificial heteróloga de sua esposa não poderá ajuizar a ação negatória de paternidade, pois praticou ele ato jurídico incompatível com a ação negatória de paternidade.

A presunção da paternidade prevista no artigo 1.597, V do Código Civil, em havendo consentimento expresso, passa a ser *juris et de juri* ou absoluta, não sendo possível o ajuizamento da ação negatória de paternidade.

Nessa hipótese, e tendo a autorização sido emitida mediante algum vício do consentimento, poderá o marido se valer da ação de anulação de ato jurídico, postulando a declaração de nulidade de seu consentimento e, conseqüentemente, da paternidade que lhe é atribuída, alegando erro, dolo ou coação.

Este artigo não abrange a hipótese de inseminação artificial realizada por casais que vivem em união estável, e também a hipótese de ocorrência de inseminação artificial após a morte do marido ou companheiro, que tenha depositado sêmen

em banco de sêmen, quando em vida, ante a especificidade destes casos os quais devem ser discutidos em trabalhos direcionados.

A discussão sobre o tema ora proposto certamente não ficará adstrita a estas modestas linhas, visto se tratar de questão celeumática e, sobretudo, bastante subjetiva na maioria dos casos em que, com a absoluta certeza do que agora está sendo dito, cada caso é um caso, servindo um de mero parâmetro para o outro, pois o afeto, o amor e a afeição são individuais e personalíssimos de cada indivíduo, e deste para com o próximo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. **A desbiologização das relações familiares.**

Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2016>>. Acesso em: 16 jun. 2006.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade:** posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002a. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 6.960/2002b. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A4EA1576805D7BCEDBDC120876ADFCA8.proposicoesWeb2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A4EA1576805D7BCEDBDC120876ADFCA8.proposicoesWeb2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Conselho de Justiça Federal. Jornadas de Direito Civil de 2002c. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJF, 2007. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

DAIBERT, Jefferson. **Direito de família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Direito de Família. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.

---

DUARTE, Rodrigo Collares. **Desbiologização da paternidade e a falta de afeto**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5845>>. Acesso em: 12 jun. 2006.

FACHIN, Luiz Edson. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GABRIEL, Sérgio. **Filiação e seus efeitos jurídicos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2822>>. Acesso em: 09 jun. 2006.

LACAN, Jacques. **Complexos familiares**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. Trad. Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, Alessandro Brandão. **Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na inseminação artificial heteróloga**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4267>>. Acesso em: 12 jun. 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JÚNIOR, Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar?**. São Paulo: Gaia, 2000.

PAULILLO, Sérgio Luiz. **A desbiologização das relações familiares**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4228>>. Acesso em: 11 jun. 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito de família e o novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As inovações constitucionais no direito de família**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3192>>. Acesso em: 07 jun. 2006.

STRAUSS, Claude Levi. **Estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1982. Tradução de Mariano Ferreira.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros. 1997. p.152.



# A RELEVÂNCIA DO AFETO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

## The relevance of affection in contemporary Law

Anna Carolina de Sales<sup>1</sup>  
Guilherme Bove Canassa<sup>2</sup>  
Karime de Oliveira Nabbout<sup>3</sup>

### Resumo

Cuida-se de um estudo acerca da temática do afeto no contexto jurídico da contemporaneidade. As mudanças conceituais no direito devem acompanhar as alterações de valores da sociedade. Observa-se que o atual marco teórico constitucional, baseado na Dignidade da Pessoa Humana, não mais permite que persevere o ultrapassado Direito Civil apenas patrimonialista, contudo concede alicerce para as novas vertentes que estão centralizadas na pessoa. Assim, pode-se destacar a entidade familiar, que deixou de se justificar pelo seu patrimônio ou apenas pelo casamento em si, sobressaindo a afetividade. Não há outro motivo tão consistente como o afeto, para que se tenha o *animus* de constituir família. A afeição entre os entes, membros da comunidade doméstica, é que estreita os laços, de modo que a convivência, as trocas de amor, e a cooperação é que distinguem a família das demais realidades. Espera-se que, de princípio implícito, venha a afetividade, a ser tutelada expressamente, visando um amparo legal adequado à sociedade, que carece de um direito mais humano e eficaz.

**Palavras-chave:** Afeto. Tutela. Família. Humanização do Direito. Dignidade da Pessoa Humana.

### Abstract

*The humanization of right is a phenomenon originating from the paradigm of the democratic state of right. With this, the affectivity passed to be valued. The current constitutional theoretical landmark, based in the Human Dignity, more does not contemplate only patrimonial the civil law, however founded the new aspects that are concerned with the person. There is no reason more important, as the affection, so there is the “animus” to constitute a family entity. The affection between the beings is that it distinguishes the entity from domestic realities. It is expected that the principle implicit, the affection will be supported explicitly aimed at a proper protection to society that lacks a law more humane and effective.*

**Keywords:** Affection. Protection. Family entity. Humanization of the law. Human Dignity.

<sup>1</sup> Graduanda do 10º período de Direito da Universidade de Uberaba, UNIUBE. E-mail: anna.carolina.sales@hotmail.com.

<sup>2</sup> Graduando do 10º período de Direito da Universidade de Uberaba, UNIUBE. Estagiário inscrito na OAB/MG. E-mail: guilherme8992@hotmail.com

<sup>3</sup> Graduanda do 7º período de Direito da Universidade de Uberaba, UNIUBE. Graduada em Administração de Empresas pela FCETM, Uberaba.

---

## INTRODUÇÃO

A afetividade passou a figurar no meio jurídico apenas depois da promulgação da Constituição da República de 1988, quando, após um longo período histórico de omissão de direitos e repressão, resolveu-se abrigar juridicamente a Dignidade da Pessoa Humana e expressamente declará-la fundamento desse Estado que se firmou democrático.

Apesar de sua amplitude e das alterações frequentes, o Direito deve acompanhar a história, adaptar-se ao contexto de cada época procurando sempre oferecer segurança, buscar de forma incessante aquilo que é justo.

Percebe-se que – ainda após o marco teórico democrático introduzido pela Constituição da República de 1988, bem como o advento do novo Código Civil – muitas situações não são protegidas pela lei, quer devido à ineficiência do legislador, quer pela discriminação ainda presente na sociedade, pois expressiva parcela ainda se mostra contrária ao reconhecimento das uniões homossexuais.

A família é base da sociedade – o que se encontra expresso no próprio texto constitucional (BRASIL, 1988, art. 226) – porém, não há homogeneidade quando se trata da constituição de entidades domésticas, uma vez que os conceitos se alteraram com o decorrer do tempo. Hodiernamente, reconhece-se a união estável não somente entre homem e mulher, mas também já existe, mesmo que tardiamente, o reconhecimento dos direitos dos casais homoafetivos, pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que outros Tribunais já haviam concedido direitos a esse tipo de união. Em todos os casos, a afetividade é o “lugar comum”, ou seja, é a razão primordial do estreitamento dos laços entre os vinculados.

Não há como se falar em Direito de Família, nos dias atuais, sem se considerar a realidade afetiva que carece, antes, de tutela legal. É nítido que o afeto é o elo fundamental que motiva as pessoas do mesmo sexo a constituírem união, fato que levou os tribunais a repensarem tal situação.

Este artigo apresenta, em razão da temática abordada, um estudo acerca das alterações constitucionais e civis, expondo de forma simplificada, como se constituía a família antes do atual marco constitucional, e os avanços conquistados posteriormente ao seu advento. Na sequência, desenvolve-se um capítulo dedicado ao afeto e às novas modalidades de família que são justamente as realidades que merecem amparo em atenção ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Nesse mesmo capítulo, discorre-se acerca da união estável da família monoparental e das uniões homoafetivas. Por fim, dedica-se ao tema do afeto e sua atual influência no contexto jurídico, demonstrando que a afetividade é digna de proteção legal.



## 1 Os avanços constitucionais e civis em detrimento dos antigos conceitos

Com o advento da Constituição da República de 1988 e, conseqüentemente, do novo Código Civil de 2002, verifica-se substancial mudança tanto no contexto social, bem como no ordenamento jurídico. Não seria a Constituição a norma maior, o ápice do ordenamento, se esta não retratasse os valores e as bases da própria sociedade, que é a outorgante do poder estatal. Dessa forma, torna-se nítido que, a partir da evolução do homem e do seu pensamento, há a necessidade imperiosa de se alterar as normas regulamentadoras do convívio, uma vez que do próprio povo emana o poder do Estado, para que este, em seu nome, aplique a lei quando preciso for.

O ordenamento jurídico passa a não ser eficaz quando as normas e princípios que o compõem passam a não corresponder à realidade existente. A Constituição da República de 1988 representou a ascensão do Estado Democrático, pois a Carta Magna anterior já não correspondia aos anseios da sociedade.

Oriunda do atualíssimo marco teórico constitucional é a preocupação com a Dignidade Humana que, consagrada como princípio fundamental, passou a nortear todo o ordenamento. Não menos importante é a família dentro do contexto de abordagem da nova Constituição. Na lição de Gonçalves (2009, p. 1), encontra-se que a família é base do Estado e representa uma realidade sociológica que compõe o núcleo-fundamento do qual “brota” a organização social. Neste sentido, a família chega a ser uma entidade não somente necessária, mas que transcende a conotação físico-psíquica, pois possui cunho sagrado, e daí provém a especial atenção estatal.

Quando da vigência do antigo Código Civil de 1916, a família possuía *status* diverso do atual, somente se considerava família aquela cujos cônjuges se submetiam à solenidade do casamento. Além disso, o marido – segundo o referido diploma legal – era visto como o chefe da sociedade conjugal e a ele competia coordenar tudo o que dizia respeito à família, inclusive a administração dos bens pessoais da esposa (GONÇALVES, 2009, p. 6-7).

Ainda de acordo com Gonçalves (2009, p.8), não somente limitado à situação dos cônjuges, também lecionava o antigo Diploma Civil acerca da questão dos filhos, que eram classificados como legítimos ou ilegítimos. Os primeiros eram aqueles provenientes de pais casados e, por isso, adquiriam o status da legitimidade. Os segundos perfaziam os advindos das relações extraconjugais, ou até de pais não casados, o que lhes atribuía a ilegitimidade.

A adoção, como também é possível notar, não era incentivada. Havia uma variedade de normas que limitavam e cerceavam a possibilidade de se fazer uma adoção. Além disso, esta possuía caráter de contrato, ou seja, era vista como um negócio jurídico, que, inclusive, concretizava-se por meio de escritura pública (GONÇALVES, 2009, p. 341).

---

Ainda segundo o autor supracitado:

Adoção não mais estampa o caráter contratualista de outrora, como ato praticado entre adotante e adotado, pois, em consonância com o preceito constitucional mencionado, o legislador ordinário ditará as regras segundo as quais o Poder Público dará assistência aos atos de adoção. (GONÇALVES, 2009, p. 342).

Pode-se afirmar que o instituto da adoção não mais representa apenas um contrato, pois hoje está imbuído, também, de sentido humanitário e filantrópico. Com isso, não quis o legislador apenas favorecer os casais estéreis, mas fazer com que mais pessoas pudessem ser adotadas, e assim melhorar suas condições tanto no âmbito moral quanto material.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que, hodiernamente, a família – base da sociedade – não mais se justifica apenas pelos critérios patrimoniais e/ou convencionais. O vínculo que determina a ligação entre os entes familiares é dado pelo afeto, e somente essa união físico-psíquica é que possibilita a formação de uma entidade alicerçada e comprometida com o desenvolvimento, tanto da nação quanto do próprio cidadão (SILVA, 2008, p. 850).

A considerável importância adquirida pelo afeto está intimamente ligada à Dignidade da Pessoa Humana, alicerce do Estado Democrático de Direito. Tal princípio constitui o núcleo dos direitos fundamentais, dos direitos que são indispensáveis e inerentes ao ser humano. A Constituição da República de 1988 rompeu conceitos “consagrados”, uma vez que, anteriormente, a família se formava apenas pelo casamento. Com a promulgação da nova Carta Magna, e por consequência, com a valorização da afetividade, as uniões estáveis foram reconhecidas demonstrando que a interação afetiva já justifica a união entre os entes.

Moraes ensina acerca da Dignidade da Pessoa Humana:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2003, p. 128).

Simões menciona que

Assim, como houve alteração considerável no que concerne às uniões estáveis, os filhos adotivos também foram equiparados aos biológicos, reconhecendo-se que não basta apenas o vínculo sanguíneo. Nesse

sentido, a ligação afetiva foi amplamente difundida e passou a ter maior destaque e relevância. (SIMÕES, 2007).

O afeto não se impõe pela norma, nem por qualquer outra condição material, mas constrói-se pela convivência e pela afinidade entre os entes. Esse elo apenas se constitui se existir verdadeira compatibilidade entre os integrantes da comunidade doméstica, e, uma vez desfeitos os laços que os vinculam, não existirá mais justificativa para que se mantenham unidos.

Quanto ao casamento, frisa Silva:

O casamento, analisado em suas nuances prévias, no momento exato de sua celebração e durante a sua vigência, possui a evidência da necessidade permanente da interação afetiva, pois ela bem cultivada servirá como elemento incandescente e estimulador, envolvendo o carinho e o amor como elemento mantenedor de uma família saudável e estável para o bom desenvolvimento de uma nação. (SILVA, 2002).

Pode-se afirmar, portanto, que a afetividade é de extrema relevância para que se cumpra o papel que o Estado incumbe à entidade familiar. Sem esse elo, torna-se inviável que, de forma eficaz, o cidadão continue a receber os mesmos estímulos no ambiente familiar, e assim possa corresponder, de forma satisfatória, à sociedade.

A abertura introduzida pela Constituição da República, em decorrência da elevação da Dignidade da Pessoa Humana, aferiu também certa importância às uniões socioafetivas. Não mais apenas o casamento, mas as uniões chamadas “estáveis” também obtiveram valoração jurídica, e passaram a acarretar os mesmos direitos inerentes ao matrimônio.

Recorda-se do que ensina Campos:

A Constituição de 1988 foi um marco extremamente significativo para o Direito de Família. Como é sabido, passaram a ser reconhecidas as múltiplas formas constitutivas de família que sempre existiram, embora à margem dos ordenamentos jurídicos. [...] Há, inclusive, uma moderna corrente doutrinária entendendo que, além dessas entidades familiares expressamente admitidas pelo texto constitucional, poder-se-ia reconhecer outras formas constitutivas de família, desde que presentes os requisitos da estabilidade, ostensibilidade, convivência e afetividade, posto que não há mais no texto constitucional qualquer cláusula de exclusão. (CAMPOS, 2003, p. 208-209).

Não apresentando o texto constitucional qualquer exclusão quanto à modalidade da família e, em atenção ao mandamento nuclear da dignidade humana, abre-se espaço também para as uniões homoafetivas.

---

Embora tais uniões ainda não possuam proteção jurídica plena, torna-se de grande importância o seu reconhecimento, tanto que recentemente o STF se posicionou no sentido de estender aos casais homoafetivos o *status* de união estável, frisando que o artigo 1.723 do Diploma Civil não exclui nenhuma modalidade familiar. (BRASIL, 2011).

Portanto, registra-se que a Constituição da República de 1988 foi crucial para o surgimento de novas perspectivas para o direito de família que, inclusive, foram implementadas pelo Código Civil de 2002. Não mais um “direito engessado”, o direito das famílias passou a ser moldado com as novas vertentes e situações. Gozando da atenção especial do Estado, devido a sua função relevante na formação da sociedade e do cidadão, não pode tal ramificação do Direito atrelar-se a dogmas em desuso. Pelo contrário, deve-se inovar de forma a encontrar novos meios para a resolução dos conflitos.

## **2 O afeto e as novas modalidades de família**

Pode-se concluir, preliminarmente, que o afeto, além de ser um aspecto subjetivo, está diretamente ligado ao homem, não apenas no que condiz à união entre os entes, mas a tudo aquilo que o cerca. O homem se afeiçoa tanto às coisas, objetos e animais, quanto aos outros indivíduos, seja por vínculo sanguíneo ou por convivência.

O afeto, apesar de ser inerente ao homem, é um tema novo nas discussões jurídicas. Por outro lado, difunde-se rapidamente devido à demanda da sociedade, uma vez que devido às mudanças de comportamento surgem novas modalidades de família, entidades de cunho afetivo, que nascem exclusivamente sustentadas no companheirismo e no amor.

### **2.1 Da União Estável**

A união dos cônjuges, sem as devidas formalidades do casamento, nem sempre foi vista pela sociedade, com naturalidade, devido ao conservadorismo social de outrora. De acordo com o Diploma Civil de 1916, apenas o casamento, com seus ritos específicos, é que dava origem à então chamada “família legítima”. Todos os outros vínculos afetivos que não se submetiam ao ritual do casamento não possuíam legitimidade. O que atualmente denominamos união estável era conhecido como concubinato, ou seja, hoje trata-se de uma união livre, em que os companheiros convivem, num lapso temporal significativo, da mesma forma que os cônjuges, semelhante à situação do casamento. (GONÇALVES, 2009, p. 547).

Quando do concubinato, poucas eram as garantias asseguradas àqueles que se encontravam em tal situação. No entendimento pacífico e já remoto, não se observavam direitos semelhantes aos daqueles contraentes do casamento, devido ao *status* de união livre, que esse vínculo gerava. Inclusive, no próprio Código Civil de 1916, vedavam-se as doações e demais benefícios que poderiam ser atribuídos à concubina.

Ocorre que, com o amparo constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, iniciou-se um período de humanização do direito, em que os Tribunais do país passaram a difundir entendimentos mais flexíveis e próximos da realidade, pois já não se podia suportar o não reconhecimento das uniões livres. Estas não se reportavam às formalidades do casamento, porém eram constituídas com a mesma finalidade e, nessas situações, é possível visualizar, muitas vezes, que o afeto é o principal e talvez o único fator responsável pela junção de ambos.

Entende-se que, nem toda e qualquer união, não contemplada pelo ritual do casamento, passa a ser reconhecida como estável, o que se extrai do que preceitua Oliveira:

O que não se admite, contudo, em vista dos contornos exigidos na lei para a configuração de uma união estável, é a ligação adulterina de pessoa casada, simultaneamente, ao casamento, sem estar separada de fato do cônjuge. Tem primazia, em tal situação, a família constituída pelo casamento. A outra união seria de caráter concubinário, à margem da proteção legal mais ampla que se concede à união estável. A verdade é que, afora hipóteses excepcionais, em tais casos geralmente a vivência extramatrimonial é mantida com reservas, sob certo sigilo ou clandestinidade. Falta-lhe, pois, o indispensável reconhecimento social, até mesmo pelas discriminações que cercam esse tipo de amasiamento. (OLIVEIRA, 2003, p. 138-139 apud GONÇALVES, 2009, p. 552).

Sendo assim, é pacífico que somente obtém o caráter de união estável a relação que outrora era intitulada “concubinato puro”, quando ambos, homem e mulher, eram livres para se casar, porém não o faziam preferindo se unirem informalmente. O Código Civil atual estabelece alguns requisitos para que seja constatado esse vínculo. Tais requisitos dividem-se em dois tipos: subjetivo e objetivo.

Os requisitos subjetivos da união estável são a convivência “*more uxorio*”, que vem a ser a comunhão com a devida prestação de assistência entre ambos, o homem e a mulher, seja no âmbito material ou espiritual. É tudo aquilo que dá solidez à relação, destacando-se o afeto, como sendo o principal elo entre estes. Hodiernamente, não se fala mais em coabitação devido ao fato de que muitos casais modernos já não residem no mesmo local, porém existe mútua assistência e principalmente afeição entre eles (GONÇALVES, 2009, p. 557).

Também figura como requisito subjetivo a *affectio maritalis* que é o ânimo de se constituir família. Não basta apenas a afetividade, é necessário que haja essa vontade de se vincular como numa sociedade conjugal.

Por outro lado, são requisitos objetivos, primeiramente, a diversidade de sexos que é exigida devido ao fato, de a união estável se constituir com o mesmo ânimo que se constitui uma família por meio do casamento e, dessa forma, só pode ocorrer com pessoas de sexos distintos. Tal exigência tende a cair em desuso, uma vez que, como já frisado, as uniões homoafetivas passaram a receber o *status* de união estável.

---

Outro fator relevante é a notoriedade que está preceituada no Diploma Civil, em seu artigo 1723, ou seja, para que se configure esse vínculo é necessária uma relação pública, os companheiros devem se comportar perante a sociedade como se marido e mulher fossem, não apenas de modo sigiloso, às escondidas.

Nessa perspectiva, outro critério é a prolongação no tempo, ou seja, há a necessidade de uma relação que dure e que apresente estabilidade. Também é requisito a continuidade, pois deve a relação possuir caráter contínuo, justamente para que exista segurança, não podendo se configurar com existência de instabilidades e rupturas frequentes.

Nesse conjunto, também não podem existir impedimentos matrimoniais. Segundo o parágrafo 1º do artigo 1723, aplicam-se os impedimentos apontados no artigo 1521, ambos do Código Civil, nos casos de união estável, com exceção do seu inciso VI. Depreende-se que há uma preocupação com a moral, pois os impedidos não podem se casar e nem mesmo constituir união livre com estabelecimento de família (GONÇALVES, 2009, p. 565-566).

A relação monogâmica também é necessária à configuração da união estável. Não se admite que pessoa casada, não separada, venha a constituir união estável. Não é possível manter várias relações conjugais ao mesmo tempo, porém é possível mantê-las sucessivamente.

## **2.2 Da família monoparental**

As entidades familiares monoparentais surgem juntamente com o divórcio, quando apenas um dos ex-cônjuges resolve manter-se com o filho advindo da relação matrimonial, porém não contrai nova união de cunho afetivo.

Tal situação sempre esteve ligada ao fim de uma relação bioparental, porém, também existe o caso das mães e pais solteiros que não procuram pelos pais ou mães de seus filhos e decidem formar uma família apenas com os filhos.

Não se deve relacionar a constituição dessa modalidade familiar com alguma tragédia, ou frustração afetiva. Muitas vezes o indivíduo prefere essa relação íntima e solitária com seu filho, do que as obrigações conjugais adquiridas ao constituir uma relação com outro homem ou mulher.

Percebe-se que, embora essa entidade familiar seja formada apenas pela mãe ou pai e seus respectivos filhos, há nessa modalidade de família o estreitamento dos laços afetivos, conforme ressalta Szymanski:

As trocas afetivas na família imprimem marcas que as pessoas carregam a vida toda, definindo direções no modo de ser com os outros afetivamente e no modo de agir com as pessoas. Esse ser com os outros, aprendido com as pessoas significativas, prolonga-se por muitos anos e frequentemente projeta-se nas famílias que se formam posteriormente. (SZYMANSKI, 2002, p. 12 apud BRITO, 2008).

Assim, depreende-se que não importa como é constituída a família. Desde que haja afetividade e respeito entre seus integrantes, tal entidade passa a contribuir de modo significativo para o desenvolvimento do indivíduo.

### 2.3 Das uniões homoafetivas

As chamadas “uniões homoafetivas” apesar de não regulamentadas expressamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, vem ganhando destaque nesse meio, pois, atualmente, é comum a ocorrência de pessoas do mesmo sexo que vivem como se casadas fossem.

O afeto é o que ocasiona essas uniões. Não há outro fundamento que seja mais plausível para a constituição destes vínculos que a afetividade. Numa sociedade conservadora, como a brasileira, os casais homoafetivos não se exporiam de tal forma se não houvesse realmente afeição entre eles, uma vez que nos tempos atuais ainda persiste a discriminação sexual e a exclusão social.

Assenta Silva Júnior que:

Notório avanço o Poder Judiciário brasileiro vir reconhecendo o afeto como o lastro de existência e de sustentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo; motivo pelo qual as ações afetas a tais relacionamentos, cada vez mais, tramitam nas Varas de Família - que são, de fato, as competentes para a apreciação de tais demandas, assim como o são as da Infância e da Juventude para o processamento das adoções de crianças e adolescentes. (SILVA JÚNIOR, 2009a).

A jurisprudência, com o passar dos anos, acabou reconhecendo, num primeiro momento, com base no artigo 1.363 do Código Civil, tão somente a sociedade de fato, nos casos em que casais do mesmo sexo reivindicam sua parcela de participação nos bens adquiridos durante a vigência da união. Todavia, apenas se conferia o direito de participação nos bens adquiridos, quando provada à sociedade de fato, ou seja, desde que tais pessoas tenham realmente se esforçado juntos para constituir seus fins (AZEVEDO, p. 296 apud GONÇALVES, 2009, p. 591).

Em contrapartida, destaca-se o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, norte do ordenamento jurídico brasileiro, que estampado na Constituição Brasileira de 1988, garante a todos a vida digna, e assegura a inviolabilidade dos direitos fundamentais, sem exceções.

Embora exista o entendimento acerca da diversidade de sexos para a constituição de união estável, os vínculos homoafetivos ficam às margens da legislação, pois não há nenhuma regulamentação que proíba ou estabeleça regras para esses casos. Surge, assim, uma lacuna que deve ser suprida por meio de novas vertentes de entendimento, para que não haja injustiças no ordenamento (SILVA JÚNIOR, 2009a).

---

A referida polêmica chegou ao fim, em maio de 2011, após a decisão do Supremo Tribunal Federal - de forma unânime - reconhecer as uniões homoafetivas (BRASIL, 2011). A decisão não possui força de lei, apenas houve a extensão do que dispõe o artigo 1.723 do Código Civil sobre união estável aos casais homoafetivos.

A partir de tais alterações, os casais homoafetivos terão os mesmos direitos que qualquer casal possui, ao contrair a união estável, podendo, quando necessário, qualquer dos conviventes requerer alimentos, realizar declaração conjunta de imposto de renda, tornar-se dependente em planos de saúde, odontológico, e até requerer pensão por morte do companheiro com quem mantinha a união.

Anteriormente ao entendimento atualíssimo, que reconhece a união estável homoafetiva, percebia-se apenas nessas situações, a configuração de sociedade de fato, ou seja, a competência não pertencia às varas de família. Com o progresso do entendimento jurisprudencial, passaram as varas de família a abarcar também as situações que envolvem homoafetividade, uma vez que esse entendimento considerou também tais vínculos como entidades de caráter familiar.

Recorda-se do que ensina Silva Júnior:

[...] ao prever, no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, que “*a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”, o constituinte, rompendo com uma história de verdadeira exclusão constitucional, pôs, pela primeira vez sob a tutela estatal, a entidade familiar, sem dizer, necessariamente, que tipo de família é merecedor de proteção. [...] Assim, o que delineia, hoje, o que é uma base familiar é a convivência afetiva das pessoas, que deve gerar efeitos na órbita do Direito das Famílias, para além deste ou daquele posicionamento ideológico, sociocultural específico ou religioso. É a perspectiva de vida em comum, aliada à convivência respeitosa e afetivamente estável que diferenciam a família dos demais agrupamentos humanos. [...] (SILVA JÚNIOR, 2009a).

Extraí-se que, nos dias atuais, há uma valorização maior da afetividade no que condiz à formação da entidade familiar. Não há motivo mais consistente para que se constitua uma família do que os laços de afeição. A Constituição da República é a propulsora das alterações nesse contexto, visto que expressamente estampa que “*a família é base da sociedade*” (BRASIL, 1988, art. 226). Sendo assim, há um rompimento dos antigos dogmas, uma vez que o casamento deixa de ser o único meio para se estabelecer o vínculo familiar.

Observa-se que parte dos magistrados já se posiciona de acordo com os novos entendimentos envolvendo as uniões homoafetivas. Assim se posicionou o TJMG:



[...] À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. - O art. 226 da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. - A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. (BRASIL, 2007a).

Ao se analisar o acórdão acima, percebe-se que, devido aos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade - e até mesmo pela lacuna da lei - não é possível deixar de reconhecer os direitos daqueles que se encontram em uniões homoafetivas, desde que presentes os mesmos requisitos da união estável. O judiciário não pode se eximir de suas funções, quando da ausência de regulamentação acerca do tema, por outro lado, deve se pronunciar de forma a amparar-se na analogia e nos princípios gerais do direito.

A nova lei da adoção (Lei 12.010/09), vigente desde 2009, torna possível a adoção para casais homossexuais, porém ainda há resistência devido à discriminação intimamente impregnada no seio da sociedade. Por outro lado, verifica-se que, se os casais homoafetivos fossem impedidos de adotar filhos, pelo motivo tão somente de possuírem uma orientação sexual diferente do convencional, haveria grave violação constitucional (SILVA JÚNIOR, 2009b).

Frisa-se o que ensina o autor supracitado:

Família não se trata de um dado biológico/natural, mas de uma realidade afetiva (teia intersubjetiva) cultural e plural - com variadas formas de composição, dentro das quais não existe padrão de “regularidade” ou de “normalidade”; muito menos que esse possa estar associado, direta ou indiretamente, com as orientações afetivo-sexuais dos seus membros. E sendo vedado a qualquer pessoa (física ou jurídica) interferir na constituição e na dinâmica das famílias, a legislação, como um todo, deve caminhar na mesma direção: o pleno respeito a todas as pessoas que desejam, por amar, compor um lócus familiar [...]. (SILVA JÚNIOR, 2009b).

Nota-se que não há possibilidade de se moldar a composição das famílias, o que colide com os próprios princípios do Estado Democrático de Direito. A

---

família deve ser constituída por meio da afetividade, único critério capaz de manter a entidade inabalável, mesmo em meio às dificuldades que por ventura possam surgir.

Também acerca das uniões homoafetivas, assinala Dias que:

[...] de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana e à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, [...], que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito. (DIAS, 2008, p.30 apud PINTO, 2008).

Extrai-se que a união homoafetiva não deve ser jamais objeto de discriminação, pois merece respeito e amparo legal como qualquer outra instituição familiar. Não se pode comprometer a formação contínua do Estado de Direito Democrático, apenas pelo fato de que parcelas da sociedade ainda não se desligaram dos conceitos ultrapassados. A decisão do Supremo Tribunal Federal representa uma vitória, pois reconhece uma realidade, que muitos não ousam acolher.

### **3 O afeto no contexto jurídico atual**

Ao mencionar o tema do afeto, inúmeras são as situações verificadas, devido à diversidade na formação da entidade familiar, suas possibilidades, e sua constituição que não segue um rito específico, entre outros. Não há como se falar em direito de família, sem atrelar a afetividade, que é o que move os indivíduos, os seres, a constituírem a sociedade doméstica, principalmente nos tempos modernos.

Destarte, o afeto merece menção expressa na lei, pois como princípio implícito não abarca satisfatoriamente as realidades presentes na sociedade. Não obstante, ousa-se apontar a afetividade como garantidora de proteção aos membros da comunidade familiar, sejam os vínculos adquiridos por meios biológicos ou apenas por afeição (LÔBO, 2008, p. 48 apud CUNHA, 2009).

E ainda complementa

A tutela do afeto é mais do que nunca necessária, tanto que leciona Dias: [...] o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto [...]. (DIAS, 2007, p. 68 apud CUNHA, 2009).

A incorporação do afeto à lei não é apenas benéfica ao Direito. Apresenta considerável importância para o ideal de Justiça que, sempre em construção, carece de novos entendimentos impulsionados pela própria sociedade e seus valores.

Na atualidade, negar tutela ao afeto é posição retrógrada, tanto que, novamente, destaca-se da obra de Dias:

[...] mas negam-se não só direitos. Nega-se a existência de fatos. Situações e posturas que são reais, costuma-se dizer que simplesmente não ocorreram. [...] Basta lembrar: a vedação de reconhecimento dos filhos ‘espúrios’, a indissolubilidade do casamento, a rejeição às uniões extramatrimoniais. [...] essa rigidez normativa possui um efeito perverso. Não consegue impedir que as pessoas conduzam sua vida da forma que melhor lhes agrade. Negando a existência dos fatos, acaba fomentando irresponsabilidades, [...] não enxergar fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da Justiça cega. [...]. (DIAS, 2004, p. 68 apud CUNHA, 2009).

Nesse contexto, merece destaque o projeto de lei nº 2285/2007, que tramita no Congresso Nacional, com elaboração do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Trata-se de projeto inovador que reconhece como entidades familiares uma variedade de situações como a família mono e pluriparental, as uniões homoafetivas, bem como as uniões estáveis.

Não obstante, a jurisprudência moderna já vem traçando novos contornos no que diz respeito à afetividade, conforme posicionamento do TJRJ: “[...] Os princípios da afetividade e da solidariedade encontram respaldo constitucional e ético e devem permear a conduta e as decisões da magistratura moderna e atenta à realidade do mundo atual. [...]” (BRASIL, 2007b).

O afeto é imprescindível não somente para a manutenção da comunidade familiar. É, também, condição necessária ao bom desenvolvimento dos filhos no ambiente doméstico, além de ser marca indelével que se leva para toda a vida, dispensado no âmbito da família. Tanto é que, há alguns anos, os Tribunais já visualizavam o direito de indenização aos filhos, cujos pais não dispensam o amor e a atenção devida, mesmo custeando os alimentos.

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2004).

O que ainda não se frisou é que a família rompeu os antigos dogmas nos dias atuais. A entidade familiar não se identifica mais pelo que possui, ou por seus

---

bens, mas pelas pessoas que a compõem. Destarte, é impossível não mencionar que a comunhão afetiva foi de extrema importância para a estruturação da família moderna, conforme palavras de Lôbo:

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, que a experiência constitucional brasileira consagrou, de 1824 até 1988. [...]. (LÔBO, 2004).

As mudanças comportamentais, de expressiva parcela da sociedade, permitem afirmar que não é mais cabível a visão do casamento como único constituinte da família.

Assim, a família não é apenas reconhecida pelo seu patrimônio, mas sobretudo pelos indivíduos que a integram e que devem colaborar para um ambiente solidário, de respeito, com o devido cuidado que é inerente à entidade familiar. (CABRAL, 2012).

A valorização da afetividade se deu, principalmente, pelo fenômeno da “despatrimonialização” do direito civil, quando se deixou de focalizar apenas os interesses materiais. O direito civil, além de se preocupar com o patrimônio, passou a se preocupar com os indivíduos, como um movimento expressivo destinado a desenvolver o ideal de Dignidade da Pessoa Humana.

Destarte, frisa-se o que assenta Farias e Rosenvald:

Consistente em se retirar o foco do patrimônio, voltando-se os olhos para os interesses da pessoa, o movimento de repersonificação, capaz de alçar a dignidade humana ao ápice dos valores da ciência jurídica, vem se solidificando através de um processo que teve início em tempos remotos, como já se disse, desde a era cristã. No Brasil, tal influência passa a ser observada notadamente a partir do vigente texto constitucional, promovendo uma reestruturação da dogmática jurídica através da afirmação da cidadania. (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 21 apud CABRAL, 2012).

A importância do texto constitucional vigente, afirma-se pela valorização da pessoa humana e pelas garantias lá estampadas, conquistadas do povo que foi oprimido nos tempos antidemocráticos. A realização do Estado de Direito Democrático foi a recompensa pela banalização dos direitos, antes reprimidos. Compreende-se, porém, que a democracia é construção constante, que deve adequar-se às diferentes situações e contextos, de modo a respeitar maiorias e minorias.

Importante destacar o que assenta Del Negri:

Muitos entendem que o eixo da democracia está no voto e faz ramificações do problema pela conexão democracia-voto-cidadania. A partir dessa conclusão, dizem que a aquisição da cidadania, se dá mediante a retirada do título de eleitor. Não podemos pensar assim. Essas explicações foram malogradas, pois, ainda, se emboscam por trás da complexidade da Teoria da Democracia, que se exerce pelo cumprimento da Constituição, a qual é um projeto assegurado por lei para ser operacionalizado por todos (maiorias e minorias), pois, nas democracias, a maioria tem que se preocupar com as minorias, uma vez que a maioria não pode ser compreendida tão-somente pelo índice numérico. (DEL NEGRI, 2007).

Não se pode deixar de mencionar a lição de Cabral:

Passa a afetividade a ser o grande elemento propulsor das relações familiares, a sólida base sobre a qual se edifica a dinâmica dos relacionamentos no seio da família. O afeto torna-se, pois, indispensável à interação familiar a fim de viabilizar uma convivência harmoniosa e equilibrada, criando um ambiente saudável à formação de hábitos, habilidades e atitudes em consonância com os valores do Direito de Família de um novo tempo. (CABRAL, 2012).

Inimaginável é uma situação familiar sem a presença de afeto. Seus entes se moveriam por qual finalidade? Interesses materiais? Não seria possível a visualização característica de família, como o amor incondicional, a afeição que liga seus membros, a afinidade permanente e até mesmo irrompível.

Ainda hoje, encontra-se o afeto situado no ordenamento jurídico brasileiro, apenas como princípio implícito na Constituição da República de 1988, que está intrinsecamente ligado à Dignidade Humana, fundamento do Estado. Eximindo-se a lei, percebe-se um modelo travestido de direito, que não corresponde àquilo que dele se espera, ao passo que ao contrário de dirimir litígios acaba por gerar insegurança jurídica.

A humanização do direito é um fenômeno que já repercute em proporções consideráveis, e que ante a resistência de parte dos doutrinadores e dos Tribunais, há que se firmar naturalmente, devido à necessidade do direito se incorporar às diferentes realidades.

Afirma, então, Perlingieri:

[...] onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação.

---

O “ser”, muito mais importante que o “ter” na escala de valores, é prestigiado pelo ordenamento jurídico, sobretudo no que respeita a preservação da dignidade humana. (PERLINGIERI, 2007, p. 155 apud CABRAL, 2012).

Há, portanto, a necessidade imperiosa de se consolidar um direito mais humano e próximo de cada realidade, tornando-o eficaz. O afeto, nessa perspectiva da família, é o cerne do Direito das Famílias, uma vez que é o único elemento capaz de fundamentar algumas relações que se formam apenas e exclusivamente tendo-o por base.

Em última análise, verifica-se que ainda há a necessidade de se desenvolver a temática do afeto, que merece ser tutelado pelo ordenamento expressamente visando à construção de um direito sempre mais eficaz, justo e adequado às várias situações que se apresentam.

Não há mais que se tolerar um Judiciário estagnado. A partir do fenômeno da humanização, busca-se um direito mais flexível que se aproxime da realidade do povo e realmente lhe transmita segurança e paz.

## CONCLUSÃO

Ante tais considerações, ressalta-se a imprescindibilidade de se firmar a expressa tutela do afeto. Somente o afeto justifica as uniões nos tempos atuais, sejam elas pelo casamento, informais ou homoafetivas. Sabe-se que ainda há interesse patrimonial, quando se refere à constituição de vínculo entre duas pessoas, o que é uma herança de tempos remotos.

Nesse sentido, também não se pode deixar de mencionar as contribuições inestimáveis que a Constituição da República, de 1988, abarcou em seu texto, como a Dignidade da Pessoa Humana elencada como fundamento do Estado Democrático. A preocupação com a dignidade humana deu início à centralização do direito como um todo, em torno do indivíduo, desligando-se do patrimônio que, na verdade, deve permanecer em segundo plano.

O atual marco teórico constitucional não mais permite discriminação ou exclusão (BRASIL, 1988, art. 5º), seja ela qual for. Não estão longe os tempos em que as uniões homoafetivas serão aceitas, pela sociedade, com naturalidade.

Frisa-se o que assenta Ihering:

O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça, – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo – ele não poderá prescindir da luta. [...] Todos os direitos da humanidade foram conquistados pela luta; seus princípios mais importantes tiveram de enfrentar os ataques

daqueles que a eles se opunham; [...] No momento em que o direito renuncia à luta, ele renuncia a si mesmo. (IHERING, 2006, p. 27-94).

Portanto, percebe-se que é imprescindível a luta pela conquista dos direitos. Para que se consiga a humanização do direito e sua aproximação ao cidadão, bem como a tutela do afeto, são necessárias a luta, a conscientização e a mobilização. A afetividade é inseparável ao Direito das Famílias da atualidade. Não há como se falar em um sem mencionar o outro. A busca pela proteção do afeto nada mais é do que o reconhecimento da existência de amor entre aqueles que convivem e que partilham o seu cotidiano. Cuida-se não apenas da luta pelo direito, mas do próprio existir humano e de sua batalha infundável por uma vivência de solidariedade e de paz.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277 do Distrito Federal, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: out. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 7ª Câmara Cível. Apelação cível nº 408.550-5. Apelante: Alexandre Batista Fortes menor púbere assistido p/ mãe. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Unias Silva. Belo Horizonte, 1 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/jurisprudencias/IELF-ACORDAO-DANOMORAL-PAIEFILHO.doc>>. Acesso em: ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ementa. Processo nº 1.0024.06.930324-6/001. Relatora: Heloisa Combat. Belo Horizonte, maio de 2007a. Disponível em: <<http://www.pge.mg.gov.br/images/stories/downloads/advogado/pareceres2011/parecer-15.073.pdf>>. Acesso em: out. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 12ª Câmara Cível. Apelação cível nº 2006.001.51839. Apelante: Ana Beatriz Elkins. Apelados: Eneida de Castro Oliveira, Fernando Roncarati e Marcio Gressi de Simoni. Relator: Mauro Nicolau Júnior, 30 de janeiro de 2007b. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1726](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1726)>. Acesso em: out. 2009.

---

BRITO, Flávio dos Santos. Mulher chefe de família: um estudo de gênero sobre a família monoparental feminina. **Revista Urutágua**: revista acadêmica multidisciplinar. Maringá, n. 15, abr-jul, 2008. Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br/015/15brito.htm>>. Acesso em: nov. 2009.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. Afetividade como fundamento na parentalidade responsável. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 13, n. 26, p. 47-72, fev./mar. 2012.

CAMPOS, Patrícia Eleutério. A união estável e o novo Código Civil: uma análise evolutiva. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 6, n. 1, 2003.

CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. **O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>>. Acesso em: nov. 2009.

DEL NEGRI, André. Teoria da democracia. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out. 2007. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2338](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2338)>. Acesso em: ago. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da afetividade na filiação**. 23 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=130>>. Acesso em: nov. 2009.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PINTO, Davi Souza de Paula. **União Homoafetiva como entidade familiar**. 12 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=479>>. Acesso em: nov. 2009.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Família Homoafetiva**. 25 mar. 2009a. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=493>>. Acesso em: nov. 2009.

\_\_\_\_\_. **Adoção Homoafetiva e Inconstitucionalidade**. 06 mar. 2009b. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=491>>. Acesso em: nov. 2009.



SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Paulo Lins e. **A interação do afeto nas relações de família**. 04 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=62>>. Acesso em: out. 2009.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva: O afeto como formador de família**. 24 out. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>>. Acesso em: out. 2009.



# CONDOMÍNIO FECHADO, ASSOCIAÇÃO DE MORADORES E LEI MUNICIPAL

## Gated communities, residents' association and municipal law

Paulo Fernando Silveira<sup>1</sup>

### Resumo

Pretende-se demonstrar, por meio deste artigo, as inúmeras ilegalidades e inconstitucionalidades que estão sendo praticadas por alguns municípios e associações dos moradores, ao se fecharem – mediante a edição de lei municipal e a assinatura de contrato de direito real de uso – ruas e praças públicas, visando a implantação de condomínios particulares fechados, sob controle dessas agremiações, cujos ônus associativos, inclusive os decorrentes das transferências dos bens públicos, estão sendo cobrados, coercitivamente, mesmo dos não membros.

**Palavras-chave:** Condomínio privados. Associação de Moradores. Lei Municipal. Ilegalidades e inconstitucionalidades.

### Abstract

*This study intends to show how e why the countries practice various illegalities and unconstitutionality when edicts municipal laws and sign administrative contracts allowing associations of residents to close public streets and squares in order to transform them in private compounds and to collect its fees, burdens and taxes even from non-members.*

**Keywords:** Closed joint ownership. Associations of residents. Municipal law. Illegalities and unconstitutionality.

## INTRODUÇÃO

Tem-se noticiado, com frequência, o fechamento de vias públicas (praças e ruas de uso comum do povo), a fim de transformá-las em condomínio particular fechado, mediante autorização veiculada por lei municipal. Essa legislação autoriza o executivo local a outorgar título de concessão de direito real de uso, por prazo determinado (alguns alcançando quase um século), a uma determinada associação de moradores, mediante a retribuição em pecúnia, por parte dela, calculada sobre o valor dos bens públicos cedidos. A associação, por sua vez, se incumbem do fechamento dos logradouros, de sua manutenção particular (contratação dos serviços de segurança, limpeza etc.), do recebimento do preço público dos imóveis transferidos e das contribuições associativas dos seus membros e, mesmo, coercitivamente, daqueles outros proprietários que não desejam participar, voluntariamente, do condomínio privado recém-implantado. Ocorrem, no caso, inúmeras ilegalidades e inconstitucionalidades, que serão aqui expostas.

---

<sup>1</sup> Paulo Fernando Silveira é juiz federal aposentado. Jurista e Escritor. Membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro-ALTM.

## 1 Dos loteamentos e condomínios

O parcelamento do solo urbano, seu loteamento e desmembramento são regulados pela Lei Federal nº 6.766/79, com as alterações introduzidas pelas leis posteriores (Leis 9.785/99, 10.932/2004 e 11.445/2007).

Esse diploma legal previu apenas dois tipos de parcelamentos de solo: o loteamento e o desmembramento. Forneceu, ainda, as características de cada um, ao estatuir que:

Art.2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§2º - Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes. (BRASIL, 1979).

Aos Estados e Municípios facultou-se apenas o direito de estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequá-lo ao previsto na legislação federal e às peculiaridades regionais e locais (Lei 6.766/79, art.1º, parágrafo único).

Os condomínios, por sua vez, são objeto de leis federais, que regulam tanto o condomínio horizontal de prédios de apartamentos (Lei 4.591/64 e alterações posteriores) – também chamado de edilício pelo Código Civil, que cuida de suas normas básicas (Lei 10.406/2002, arts. 1.331/1.358) –, como o especial de casas térreas ou assobradadas (Lei 4.591/64, art.8º), o voluntário ou convencional (duas ou mais pessoas são donas de uma casa, de uma fazenda etc.) e o necessário (meação de paredes, muros, cercas e valas), esses dois últimos regidos especificamente pelo Código Civil (Arts. 1.314/1.330).

Constata-se, de pronto, que a lei federal 4.591/64 já cuida, exaustivamente, tanto dos condomínios edilícios (de prédios de apartamentos), como dos condomínios privados e fechados de casas térreas ou assobradadas, chamados de especiais. Sobre estes últimos, ela dispõe, *in verbis*:

Art.8º Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente-vendedor, o cessionário deste ou o promitente cessionário sobre ele desejarem erigir mais de uma edificação, observar-se-á também o seguinte:

- a) em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal de todo o terreno e de partes comuns, que corresponderão às unidades;
- b) em relação às unidades autônomas que constituírem edifícios de dois ou mais pavimentos, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação, àquela que eventualmente for reservada como de utilização exclusiva, correspondente às unidades do edifício, e ainda a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá a cada uma das unidades;
- c) serão discriminadas as partes do total do terreno que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autônomas;
- d) serão discriminadas as áreas que se constituírem em passagem comum para as vias públicas ou para as unidades entre si.

Nesse tipo de condomínio particular fechado, denominado especial:

O princípio dominante é o mesmo do edifício urbano, guardadas as peculiaridades especiais. Cada titular é o dono da unidade e, como se lhe reserva um terreno à utilização exclusiva, pode cercá-lo ou fechá-lo, observando o tipo de tapume previsto na convenção. Pode aliená-lo com o terreno reservado. Mas não lhe assiste o direito de dissociar a sua unidade do conjunto condominial nem separá-la da fração ideal que lhe corresponde nesse conjunto. E muito menos apropriar-se das partes de uso comum ou embaraçar sua utilização pelos demais. (PEREIRA, 1976, p. 71-72).

Atente-se, ainda, para o fato de que nesse tipo de condomínio fechado e particular, não há ruas públicas, ainda que os espaços comuns venham a ter essa designação, apenas para efeito de identificação.

A propósito, há precisa e segura orientação emanada do Egrégio Superior Tribunal de Justiça-STJ, a qual, por advir da mais elevada Corte de Justiça no que se refere à legalidade dos atos normativos e administrativos, deve merecer o maior respeito e acatamento por parte dos poderes legislativo e executivo, notadamente os municipais, no sentido de que: “Nada impede que os moradores de determinado loteamento constituam condomínio, mas deve ser obedecido o que dispõe o art.8º da Lei nº 4.591/64.” (REsp 623274/RJ, Terceira Turma, Min. Carlos Alberto Menezes - Direito, em 07.05.2007, DJ 18.06.2007, p. 254).

---

## 2 Incompetência do município para legislar sobre loteamentos e condomínios

Dispõe a Constituição Federal (BRASIL, 1988, art. 22, I) que compete, privativamente, à União legislar sobre o Direito Civil, que abrange, obviamente, o direito de propriedade e a classificação dos bens, públicos e particulares.

A União detém, ainda, concorrentemente com os Estados e Municípios, competência para legislar sobre o direito urbanístico, baixando normas gerais (BRASIL, 1988, art. 24, I e §1º).

Aos municípios, portanto, foram assegurados (BRASIL, 1988, art. 24, I e §1º), apenas, a faculdade de legislar sobre matéria urbanística (observadas às normas gerais editadas pela União) e o direito de promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (BRASIL, 1988, art.30, VIII), sem prejuízo da edição de leis que cuidem de assuntos de interesse local (BRASIL, 1988, art. 30, I), entendendo-se, por isso, aquelas matérias em que o interesse local se constituir de um núcleo prevalente e sobrepujante, por isso mesmo intocável pelos outros entes políticos, regional e nacional, nesse aspecto, periféricos.

Desse modo, o loteamento urbano e o condomínio, em quaisquer de suas modalidades, ficam sujeitos às normas civis estabelecidas pela União (Código Civil, Lei 4.591/64, Lei 6.766/79 e posteriores) e às normas urbanísticas impostas pelo Município na legislação edilícia adequada às peculiaridades locais.

Explicitando melhor a distribuição da competência constitucional sobre a matéria em exame, Meireles assevera que:

Como procedimento ou atividade de repartição do solo urbano ou urbanizável, o loteamento sujeita-se a cláusulas convencionais e a normas legais de duas ordens: civis e urbanísticas. As cláusulas convencionais são as que constarem do memorial arquivado no registro imobiliário, para transcrição nas escrituras de alienação dos lotes; as normas civis são expressas na legislação federal pertinente e visam a garantir aos adquirentes de lotes a legitimidade da propriedade e a transferência do domínio ao término do pagamento do preço; *as normas urbanísticas são as constantes da legislação municipal e objetivam assegurar ao loteamento os equipamentos e condições mínimas de habitabilidade e conforto, bem como harmonizá-lo com o plano diretor do Município, para a correta expansão de sua área urbana.* (MEIRELLES, 1996, apud FOSCHINI, 2008, p. 7, grifos nossos).

Adverte, ainda, o administrativista que:

A competência para intervir na propriedade e atuar no domínio econômico não se distribui igualmente entre as entidades estatais. A legislação

sobre direito de propriedade e intervenção no domínio econômico é privativa da União (Arts. 22, II e III e 173). Aos Estados e Municípios só cabem as medidas de polícia administrativa, de condicionamento de uso da propriedade ao bem-estar social e de ordenamento das atividades econômicas, nos limites das normas federais. (MEIRELLES, 1988, p. 499).

Em estudo sobre o assunto, Freitas esclarece que as normas urbanísticas:

notadamente as editadas pelo Município, dizem respeito à ordenação do território, tendo em vista o traçado urbano, o sistema viário, as áreas livres, a construção urbana, a estética da cidade, expressas em limitações urbanísticas que organizam os espaços habitáveis, propiciando ao homem melhores condições de vida em comunidade, regrando o uso da propriedade. (FREITAS, 2010, p. 4).

Portanto, são as regras federais que comandam solitariamente o direito de propriedade, abrangendo em suas múltiplas facetas tanto o parcelamento do solo quanto a criação de condomínios. Por encerrarem também normas urbanísticas gerais, com força vinculante para os Estados e Municípios, não podem ser modificadas pelo legislador local, sob pena de usurpação de competência legislativa privativa da União.

Observe-se que os loteamentos convencionais, assim como os condomínios fechados em terrenos particulares, são regidos, respectivamente, pela Lei Federal 6.766/79 e Lei Federal 4.591/64, art. 8º. Assim, fica claramente visível que a criação de loteamentos fechados – principalmente envolvendo bens públicos de uso comum do povo –, por meio de lei municipal, seguida de ato administrativo de concessão de direito real de uso, contraria frontalmente a lei federal, já que constitui uma mescla de loteamentos e condomínios, ou seja, um terceiro gênero.

Assim, ao criar um misto de loteamento e condomínio fechado, a lei municipal inovou nessas duas áreas restritas e intocáveis, e alterou o regime jurídico original do loteamento, delineado por lei federal. Ao agir assim, invadiu, indevidamente, a competência legislativa privativa da União.

Freitas condena os loteamentos condominiais, instituídos por lei municipal, asseverando:

que são fechados por ato do loteador ou de uma associação de moradores, demonstrando a sua ilegalidade. Com efeito, “os tais loteamentos fechados” juridicamente não existem; não há legislação que os ampare, constituem uma distorção e uma deformação de duas instituições jurídicas: do aproveitamento condominial de espaço e do loteamento ou do desmembramento. [...] *Os Municípios não podem autorizar essa*

---

*forma de “loteamento condominial”. Lei municipal que preveja ou regule sua implantação contamina o ato de aprovação de flagrante ilegalidade, porque o Município não tem competência legislativa em matéria de condomínio. (FREITAS, 2010, p. 9-10, grifos nossos).*

Por consequência, agora a lição, juridicamente bem sustentada, é de Foschini:

*a lei municipal que concede ao particular o uso de bem comum do povo é inconstitucional, anulável, pois além de atingir diversos princípios constitucionais, a sua concessão não atende o interesse público, mas um número limitado de particulares. No mais, cabe à União legislar sobre direito urbanístico (CF, art. 24, I) e ao Município apenas legislar sobre matéria que for de interesse local (CF, art.30, I). Assim, não pode o Município criar novas formas de direito urbanístico, utilizando como escudo o fato de ter o poder de regulamentar sobre ordenação de seu território, vez que não tem competência para legislar sobre o assunto. (FOSCHINI, 2008, p. 17, grifos nossos).*

O autor supracitado acrescenta, ainda, que:

O Loteamento fechado contraria os princípios constitucionais insculpidos no art. 5º, caput, e inciso XV da Constituição Federal de 1988 e fere o princípio da isonomia, pois ao impedir o acesso das pessoas não moradoras às ruas e demais logradouros públicos localizados dentro desses loteamentos, infringe o direito de ir e vir de qualquer cidadão a um bem público e de uso comum do povo, além de garantir privilégios apenas aos proprietários de imóveis e moradores do bairro de usufruírem, de forma exclusiva, dos bens públicos de uso comum quando, na verdade, deveriam estar em situação de igualdade com qualquer do povo. (FOSCHINI, 2008, p. 15).

Repare que, adotando essa linha de raciocínio, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou, recentemente (02.06.2010), por seu Colendo Órgão Especial, a inconstitucionalidade da Lei nº 13/1994, do Município de Vargem Grande do Sul, que dispõe sobre a desafetação de áreas de uso comum de diversos loteamentos e sua integração à categoria de bens dominicais e outorga de concessão de uso. Pelo seu art. 2º, o Executivo Municipal estaria autorizado, independentemente de licitação, a transferir o uso das áreas desafetadas a terceiros, mediante concessão com cláusula de exclusividade e condições que especifica. Outorgada a concessão, a concessionária ficaria autorizada a fechar a respectiva área e controlar o ingresso de estranhos em suas dependências (BRASIL, 2010a).

É de se ver, ainda, que embora em alguns estados da federação o judiciário esteja eventual e ilegalmente permitindo a criação de loteamento fechado por



meio de lei municipal, com desafetação de áreas públicas –, há precedente já estabelecido pelo *Supremo Tribunal Federal - STF*, de boa lavra do Ministro Eros Grau (BRASIL, 2008) em que foi declarada a *inconstitucionalidade* da Lei nº 1.713/97, do Distrito Federal, que permitia o fechamento de superquadras e sua administração por pseudas “prefeituras”, ou por associação de moradores. Eis o seu teor:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 1.713, DE 3 DE SETEMBRO DE 1.997. QUADRAS RESIDENCIAIS DO PLANO PILOTO DA ASA NORTE E DA ASA SUL. ADMINISTRAÇÃO POR PREFEITURAS OU ASSOCIAÇÕES DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. SUBDIVISÃO DO DISTRITO FEDERAL. FIXAÇÃO DE OBSTÁCULOS QUE DIFICULTEM O TRÂNSITO DE VEÍCULOS E PESSOAS. BEM DE USO COMUM. TOMBAMENTO. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA ESTABELEECER AS RESTRIÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2º, 32 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A Lei n. 1.713 autoriza a divisão do Distrito Federal em unidades relativamente autônomas, em afronta ao texto da Constituição do Brasil – artigo 32 – que proíbe a subdivisão do Distrito Federal em Municípios. 2. Afronta a Constituição do Brasil o preceito que permite os serviços sejam prestados por particulares, independente de licitação [artigo 37, inciso XXI, da CB/88]. 3. *Ninguém é obrigado a associar-se em “condomínios” não regularmente instituídos.* 4. *O artigo 4º da lei possibilita a fixação de obstáculos a fim de dificultar a entrada e saída de veículos nos limites externos das quadras ou conjuntos. Violação do direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum.* 5. O tombamento é constituído mediante ato do Poder Executivo que estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade. Incompetência do Poder Legislativo no que toca a essas restrições, pena de violação ao disposto no artigo 2º da Constituição do Brasil. 6. *É incabível a delegação da execução de determinados serviços públicos às “Prefeituras” das quadras, bem como a instituição de taxas remuneratórias, na medida em que essas “Prefeituras” não detêm capacidade tributária.* 7. *Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n.1.713 do Distrito Federal.* (grifos nossos). (BRASIL, 2008).

Talvez, em face desse precedente, é que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reviu sua posição e tem declarado, ultimamente, a inconstitucionalidade de leis municipais que desatendam a orientação suprema. Por isso mesmo, o Ministério Público do Estado de São Paulo tem ingressado reiteradamente com ações

---

civis públicas postulando: a) a anulação da lei municipal, por ter, indevidamente, privatizado bens públicos de uso comum, impedindo o acesso do povo a eles; b) a anulação de eventual termo de outorga de concessão administrativa desses bens públicos em favor das respectivas associações de moradores; c) a responsabilização, por improbidade administrativa, dos elaboradores de tais diplomas legais (BRASIL, 2009).

É de se acrescentar, ainda, mais algumas inconstitucionalidades desse tipo de legislação municipal:

a) – a medida é antidemocrática e antirrepublicana, eis que privilegia, ao estilo monárquico, uns poucos moradores, em detrimento da população;

b) – quebra o princípio isonômico (todos são iguais perante a lei) já que cria uma casta privilegiada de cidadãos, a qual se apropria de bens de uso comum do povo e torna os moradores dos outros bairros cidadãos de segunda categoria, excluídos, já que não podem mais adentrar em parte determinada de sua própria cidade;

c) – numa era de inclusão social, a prefeitura está criando “ilhas”, “enclaves” e “tribos” na cidade, estanques e impenetráveis para o homem comum. Em um futuro próximo, poderá haver lei municipal proibindo o ingresso no âmbito do município de pessoas que forem consideradas indesejáveis (famílias paupérrimas, doentes, deficientes, idosos, desempregados etc.). À semelhança do *apartheid* racial, está se instituindo a segregação social, ou melhor, a formação de castas à moda indiana. Enfim, a prefeitura está privatizando, em benefício de uns poucos, mediante venda de áreas de uso comum do povo, visando fugir às suas obrigações de prestadora de serviços públicos indelegáveis, para a execução dos quais recebe antecipadamente os impostos, taxas e outros tipos de tributos legais. Isso, sem dúvida, constitui uma forma imoral e ilícita de arrecadação pecuniária.

A propósito, valem ser lembrados alguns fatos interessantes:

1. Em Los Angeles, a prefeitura não estabelece nenhuma restrição, impedimento ou obstáculo à visitação do bairro dos artistas (Beverly Hills). Apenas não permite a parada dos ônibus de turistas em frente às mansões das celebridades, a fim de evitar tumulto e a quebra de seu sossego e de sua privacidade.

2. Na União Soviética, no tempo da ditadura stalinista é que se exigia passaporte para uma pessoa ir de uma cidade à outra, tendo, ainda, de justificar o motivo da viagem que passava pelo crivo subjetivo da autoridade.

3. Na cidade cujas ruas e praças públicas forem transformadas em condomínios fechados, seus habitantes ordinários não poderão mais passear por um determinado bairro público que está sendo indevida e ilegalmente fechado, paradoxalmente por força de atos indelegáveis do poder público, de quem deveria se esperar o resguardo do interesse público, prevalente e irrenunciável.

Desse modo, não sendo observado o precedente da mais elevada Corte de Justiça do país (O Supremo tem o poder final de dizer o que a lei é em face da Constituição Federal), as decisões estaduais, que dispuserem em contrário, carecem de legitimidade.

### 3 Competência da Justiça Federal

A fim de se evitar a ditadura e a tirania, o poder político – que antes residia uno, absoluto e intocável nas mãos do rei, imperador, tirano ou ditador – foi dividido de duas formas. Num corte horizontal, foram fixadas as competências legislativas e materiais, privativas ou concorrentes, da União, Estados-membros e Municípios, com o surgimento do federalismo (BRASIL, 1988, arts. 1º, 18, 21/25 e 30). Verticalmente, o fracionamento ocorreu entre os ramos legislativo, executivo e judiciário, gerando o princípio da separação dos poderes (BRASIL, 1988, art. 2º). Assim, tendo sido o poder político duplamente dividido, impossibilitou-se a sua concentração nas mãos despóticas de um só homem ou nas de um só grupo de pessoas que estejam chefiando um ente político ou um ramo do governo.

A doutrina ensina que *“Uma segunda razão para dividir o poder – mencionado com ênfase por Madison – era a prevenção da tirania. Ou seja, acima de tudo, a distribuição dos Poderes entre os três separados ramos serve como poderoso controle contra ações arbitrárias”*, preservando-se, indiretamente, a liberdade individual (SILVEIRA, 2001, p. 99).

Para completar o controle do poder político, de modo a não permitir que algum ramo do governo, ou mesmo que um ente político sobreponha-se aos outros, aumentando, ilegitimamente, o seu limite de atuação e, com isso, pondo em risco a democracia, surgiu, ancilarmente, a doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*). Por meio dela, cada detentor do poder exerce severa vigilância sobre os demais, a fim de preservar sua competência constitucional e evitar os indevidos avanços, os abusos e as intrusões, ficando claro que a Carta Magna outorgou ao judiciário o poder final de se pronunciar sobre a validade das leis (*judicial review*), podendo, conseqüentemente, anulá-las, sendo que as suas decisões finais só podem ser suplantadas por emendas constitucionais.

Para democratizar esse poder não eleito, instituiu-se o tribunal do júri, que, num verdadeiro governo do povo para o povo, deveria ser competente para todos os julgamentos criminais (exceto para os sujeitos a transações penais) e os cíveis de maior vulto financeiro. Nenhum poder político, porém, fica acima da sociedade civil, que o controla principalmente pela imprensa livre, aí compreendidos os modernos veículos de comunicação da mídia (rádio, televisão, internet etc.) e, notadamente, pelo meio exponencial de exercício da cidadania: o voto.

Então, debaixo dessas doutrinas e visando dar efetividade plena a esses princípios constitucionais (democracia, federalismo e separação dos poderes), faz-se necessário que cada ente político ou ramo governamental lute para preservar sua competência constitucional. Não se pode permitir, impunemente, que o detentor de uma fatia de poder abocanhe parte atribuída a outro. O agredido, ao ficar inerte, está admitindo e dando legitimidade à intrusão, à invasão e à usurpação indevida e não permitida pela Carta Política. Com isso, o que está em jogo é a própria democracia e, por consequência, a liberdade individual.

---

Já ensinava Madison, no *The Federalist Papers*, nº 51, que menciona sobre “a grande segurança contra a gradual concentração de muitos poderes no mesmo departamento consiste em dar àqueles que administram cada departamento os meios constitucionais e motivos pessoais para resistir aos avanços dos outros”, conforme original adiante:

*But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consist in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others. (MADISON, 1979, p. 347).*

Se a competência para legislar sobre loteamentos e condomínios é privativa da União, emerge, de maneira lógica e evidente, que ela tem, necessariamente, o interesse e o dever de defender sua privativa esfera constitucional de atuação. Não se pode reconhecer a incompetência legislativa do município e inferir que a União deva ficar passiva, inerte, apática, sem desejo de anular a legislação que invade, diminui e limita o seu poder político como ente federado, esperando que os poderes estaduais venham em seu socorro. Ao fazer a intrusão, a lei municipal fere o princípio federalista e agride, simultaneamente, o regime democrático, já que este pressupõe a correta observância da repartição de poderes legislativos entre os entes políticos, de modo a evitar que, pela usurpação, se instale a tirania, ou a anarquia.

Também não se pode esperar que o indivíduo prejudicado pela legislação municipal viesse defender a competência da União, quando, para isso, ela dispõe de seus órgãos institucionais. Infere-se, porém, que – ante a inércia do órgão federal, que deveria agir, já que as duas legislações, federal e municipal, não podem conviver no mundo jurídico, eis que são essencialmente antagônicas –, o indivíduo não deverá ficar prejudicado, podendo levantar em juízo a questão da inconstitucionalidade, como matéria de direito, bem como o magistrado, ainda que estadual (nas emergências, todo juiz detém competência provisória), reconhecê-la de ofício no bojo de uma demanda cível.

A incolumidade da competência da União deve ser resguardada por um de seus órgãos, no caso o Ministério Público Federal, já que lhe incumbe, precipuamente, a defesa da ordem jurídica e do regime democrático (BRASIL, 1988, art.127) e tem por função institucional “*zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos*” (BRASIL, 1988, art. 129, II).

Conclui-se, então, que a competência para anular a lei municipal, que usurpa sua atuação privativa, é da Justiça Federal, a teor do art. 109, I, da Constituição Federal, *verbis*:

I – as causas em que a *União*, entidade autárquica ou empresa pública federal *forem interessadas* na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as

sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (BRASIL, 1988, grifo nossos)

O ato de legislar, dentro de sua esfera privativa de competência, constitui a essência do poder político do ente federativo, sua razão de ser, de existir. Se dele abre mão – inconstitucionalmente, diga-se, já que a lei fundamental não autoriza o abandono, nem o descaso do poder político que lhe foi conferido, nem permite a aceitação pacífica de intrusões e avanços indevidos por parte dos outros entes políticos –, está sinalizando que a violação é como coisa natural e corriqueira, o que, evidentemente, dada a sua grandeza constitucional, não é. Portanto, na espécie, o interesse da União de manter a sua competência legislativa intocada é tão óbvia e evidente que, *data venia*, dispensa maiores fundamentações.

#### **4 Ausência de interesse público para desafetação, por lei, dos bens de uso comum e para a assinatura do contrato administrativo de concessão de direito real de uso**

Com efeito, as ruas e praças de um loteamento passam para o domínio público desde a sua constituição original, uma vez que a Lei 6.766/79, Art.9º, §2º, incisos III e IV, determina que o memorial descritivo deverá conter “a indicação das áreas públicas que passarão ao domínio do Município no ato do registro do loteamento” e “a enumeração dos equipamentos urbanos, comunitários e dos serviços públicos ou de utilidade pública, já existentes no loteamento e adjacências”. No momento em que essas áreas são incorporadas ao patrimônio público é enfatizado pelo artigo 22 dessa lei, *verbis*: “Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.” (BRASIL, 1979).

Desse modo, na visão de Barroso:

aprovado o loteamento pela municipalidade, os espaços livres, as vias e praças, assim como outras áreas destinadas a equipamentos urbanos tornam-se inalienáveis; e, com o registro do loteamento, transmitem-se, automaticamente, ao domínio público, com a afetação ao interesse público especificado no Plano do Loteamento. Tal transferência dos bens ao domínio público e sua afetação aos fins públicos indicados no Plano de Loteamento independem de qualquer ato jurídico de natureza civil ou administrativa (escritura ou termo de doação) ou ato declaratório de afetação (BARROSO apud FREITAS, 2010, p. 2).

A partir de sua incorporação ao patrimônio público, esses bens passam a ser regidos, além do direito administrativo, pelo Código Civil, que os considera,

---

em razão de sua destinação e afetação a fins públicos, como “*de uso comum do povo*” e, portanto, não podem ser *alienados* para atender pretensões unicamente particulares, nem podem ser objeto de *usucapião* (BRASIL, 2002, arts. 99, I, 100 e 102).

Na precisa lição, Di Prieto:

Consideram-se bens de uso comum do povo aqueles que, por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração. (DI PRIETO, 1992, p. 372).

Assim – enuncia, com propriedade, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por serem o arruamento e os demais espaços livres bens de uso comum do povo,

O Poder Público é obrigado a garantir o livre trânsito das pessoas, independentemente de lei, a teor do disposto no art. 5º, XV, da Constituição da República”. (Ap.Civ.n.225629-1/5 – de 16.2.95 – Comarca do Guarujá – Rel. Des. Aguilar Cortez). (FOSCHINI, 2008, p. 15).

Se isso não acontecer, aquele que for impedido de desfrutar dos bens públicos de uso comum pode se valer dos remédios heroicos constitucionais, isto é, do *writ of mandamus* (contra o agente público que praticar ou autorizar o ato obstaculizante) e do *habeas corpus* (contra o particular que o executar), pois teve cerceado o seu direito imemorial do livre acesso, bem como o fácil e desimpedido trânsito pelos espaços públicos. O seu direito inalienável de ir, vir e ficar é protegido pela Carta Política (Art.5º, LXVIII: “conceder-se-á *habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.*”). (BRASIL, 1988)

É sabido pelos estudiosos do Direito que a desafetação de um bem público, notadamente o de uso comum do povo, como é o caso de ruas e praças públicas, só pode ocorrer de modo legalmente válido e constitucional, se houver, como objetivo a alcançar pela administração, um manifesto, sobrepujante e específico interesse público. Jamais, para atender pleitos particulares, sem maior relevância social, principalmente quando conduzem à divisão territorial da cidade em núcleos fechados e à criação de classes sociais distintas e separadas do povo.

Logo, se os bens de uso comum do povo são inalienáveis, estando a sua *desafetação sujeita ao interesse público*, não podem ser cedidos, usados, controlados ou explorados por particulares, a menos que esteja evidenciada a existência de um interesse público relevante, determinante e sobrepujante, que justifique a edição de lei – e do posterior contrato administrativo – para extinguir

o seu natural uso pelo povo e sua outorga remunerada a um pequeno grupo de particulares. Note-se que a concessão de direito real de uso é um contrato firmado pela administração com o particular para que este utilize o bem público em fins específicos, imantados pelo interesse social (MEIRELLES, 1988, p. 436).

Correto, pois, é o seguinte raciocínio:

como se sabe, a desafetação de uma rua, ainda que precedida de autorização legislativa, deve conter um elemento fundamental: ter perdido, de fato, sua utilização pública, seu sentido de via de circulação, ter se tornada desabitada. Não basta a lei para desafetá-la. É preciso atender ao *interesse público*, como qualquer ato administrativo, sem o qual haverá fundamento para contestar a transmutação operada pela lei ordinária que promove a desafetação. (FREITAS, 2010, p. 14).

Como bem alertou Medeiros:

[...] se o legislador federal estabeleceu que as vias resultantes do loteamento se articulassem com as demais (art.4º, inciso IV, da Lei nº 6.766/79), “harmonizando-se com a topografia local” e em seguida conferiu ao Município a propriedade das vias e praças pelo registro do loteamento (art. 22 da Lei nº 6.766/79), admitir que o Município editasse uma lei desafetando esses bens, no interesse exclusivo de uma comunidade, feriria frontalmente o propósito do legislador federal, de que os loteamentos se integrassem à comunidade já existente. Caso o Município editasse lei nesse sentido, não se estaria diante de uma norma suplementar, mas de uma lei municipal geral, maculada de inconstitucionalidade e de ilegalidade por ter invadido competência reservada pela lei maior ao legislador federal. (MEDEIROS, 2010).

O contrato de concessão de direito real de uso não se presta, tampouco, para a prefeitura se furtar da prestação de serviços necessários ou da execução de obras públicas para as quais recebe, antecipadamente, todo ano, impostos e taxas. Essas funções são ínsitas à natural e imprescindível existência da administração pública. Em suma, constituem sua essência; sua própria razão de ser!

Desse modo, não provando o poder local – o ônus da prova é seu – a *existência de um interesse público prevalente, que do ato resulte um proveito geral para a coletividade* (e não apenas, particularmente, para um grupo seletivo de pessoas ou para algum indivíduo), a desafetação dos bens públicos de uso comum, originariamente inalienáveis, e a respectiva concessão de direito real de uso à associação de moradores apresentam-se, seguramente, como ilegais – por afronta às leis federais que dispõem, competentemente, sobre a matéria –, e inconstitucionais, já que o livre acesso a eles e o seu desfrute pelo povo ficaram tolhidos e prejudicados (BRASIL, 2002, arts. 99, I e 100; BRASIL, 1979; BRASIL, 1988, arts. 22, I, 24 e 37, caput).

---

Apropriada, pois – por confirmar esse entendimento –, é a colocação no sentido de que

quando a concessão implica utilização de bem de uso comum do povo, a outorga só é possível para fins de interesse público, isto porque, em decorrência da concessão, o bem público concedido tem sua finalidade desviada e, no caso de loteamentos fechados, a concessão atende interesses públicos, apenas de um grupo limitado de particulares. (FOSCHINI, 2008, p. 12-13).

Pergunta-se: qual é o interesse público manifesto e sobrepujante (que cause benefício aos habitantes de qualquer cidade) que impele o município a autorizar, por meio de lei, e em virtude de contrato administrativo de concessão de direito real de uso, a privatizar bens de uso comum do povo (ruas e praças públicas) e desnaturá-los para transformá-los em condomínio fechado particular? A resposta é óbvia e ululante: nenhum! Conclusão: se a lei, ou o inquinado contrato administrativo da concessão visou apenas beneficiar o particular (ainda que um grupo de pessoas) ela ou ele não se sustenta, legal ou constitucionalmente, porque, primeiro, viola as leis federais (Código Civil, lei do parcelamento do solo urbano e dos condomínios), que dispõem que esses bens são de livre desfrute do povo, salvo quando desafetados por interesse público, o que não é o caso. E, em segundo lugar, porque afronta os princípios constitucionais que resguardam a boa administração dos bens públicos e a prática dos atos administrativos, principalmente, o da *impessoalidade* (não beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas, já que o comportamento do administrador deve estar norteado unicamente pelo interesse público) e o da *eficiência* (resultado concreto no sentido de se obter, com eficácia, na prática do ato, um proveito efetivo a favor de toda a população), nos termos do artigo 37, “caput”, da Constituição Federal.

Referindo-se à concessão de direito real de uso de ruas, praças, espaços livres, áreas verdes e institucionais para a formação dos “loteamentos fechados”, Freitas esclarece ainda que

*Logo, essa modalidade de concessão não se presta a ser utilizada para os bens de uso comum, que pressupõem a universalidade, a impessoalidade e a gratuidade de uso, sem contraprestação pecuniária ou indenização ao particular; além do que [...] o princípio geral que rege a utilização dos bens de uso comum é o de que o uso de um seja transitório e precário, não impedindo o uso dos demais[...]. (FREITAS, 2010, p. 15, grifos nossos).*

Imaginem-se o inusitado, o despropósito e a insustentabilidade de uma lei municipal que autorizasse, por exemplo, o fechamento de uma praça pública e a transformasse num condomínio fechado particular, para uso e desfrute apenas



dos moradores de seu entorno, ainda que agregados em forma de associação, mediante a simples obrigação de adquirir, mediante a contraprestação pecuniária, o espaço público e dele cuidar particularmente.

Pertinente ao caso é a observação de Medeiros no sentido de que

Admitindo-se que todas as pessoas, enquanto habitantes da *Polis* têm os mesmos direitos e obrigações, a permissão dada a alguns de murarem seus bairros haveria de ser extensiva a todos. Se todos exercessem esse direito, as cidades tomariam ares muito semelhantes aos da idade média, com a diferença de que, naquela época, as cidades é que eram muradas e protegidas por guardas, enquanto aqui, os muros isolariam os bairros no interior das cidades, o que parece mais medieval do que o que ocorria na própria idade média. (MEDEIROS, 2010).

Muito menos pode a Administração coagir os moradores de um bairro antigo, já consolidado no tempo, a adquirir essas áreas – que passarão para o uso exclusivamente particular e sobre as quais incidirá o IPTU –, e a assumir as obrigações inerentes ao poder público (para isso é que ele existe), enviando-lhes guias de cobrança do valor da área cedida, com advertência de multa se o boleto não for pago no vencimento.

## 5 Violação de direitos individuais fundamentais

Poder-se-ia argumentar, afoitamente, que, em tendo o poder legislativo aprovado a lei, ele representaria a vontade da maioria dos habitantes da cidade e, com isso, estaria estabelecido o interesse público. É um argumento *kelsiano*, extremamente primário e positivista, ou seja, se há lei, ela já diz tudo e santifica qualquer pecado em que tenha incorrido, ainda que nulificada pelo vício da inconstitucionalidade. Esquece-se de que, no regime da hierarquia das leis, é a Constituição que valida as normas infraconstitucionais e que estas não se sustentam se afrontam aquela, fonte de sua legitimidade.

Deve ser esclarecido, primeiramente, de que “maioria” está se falando. Evidentemente, a vontade de alguns poucos moradores de ruas e praças públicas não se sobrepõe à da maioria dos habitantes da cidade, detentores do direito de usar e gozar dos bens públicos de uso comum (BRASIL, 1988, art. 99, I). Depois, é sabido que a vontade da maioria, mesmo expressa através de lei, não pode maltratar direitos fundamentais da minoria, ou do próprio indivíduo. Nossa Constituição Federal proíbe, terminantemente, não só a lei, mas também qualquer proposta de emenda constitucional que extinga - ou sequer seja tendente a abolir - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988, art.60, §4º, inciso IV). Dentre esses direitos fundamentais avultam, na espécie, *o ato jurídico perfeito* (quando se comprou o terreno, debaixo de uma legislação federal pertinente aos

---

loteamentos abertos, não havia condomínio fechado) e o *direito adquirido*, daí decorrente, consolidado no tempo por longos anos, de morar em casa individuada em rua pública, o *direito da livre locomoção* por vias e logradouros públicos de uso comum do povo, e o *direito de não ser compelido a se associar* a uma Associação de Moradores e o *direito à igualdade de todos perante a Lei* (BRASIL, 1988, art. 5º, “caput”, XIV, XX, XXXVI, LXVIII).

Assim, percebe-se que, efetivamente, a proteção do indivíduo ou de minorias contra leis opressivas está assegurada em nossa Carta Política como cláusula pétrea. Fica claro que os direitos fundamentais não podem ser objeto sequer de emenda constitucional, muito menos de leis abusivas e excludentes, que tentem suprimi-los. No caso, a lei municipal viola o ato jurídico perfeito ao alterar o regime jurídico (loteamento aberto), delineado por lei federal, no ato do registro imobiliário da escritura pública de aquisição do terreno, transformando-o em loteamento fechado, em regime condominial privado. Em consequência, o direito adquirido decorrente do desfrute do imóvel na sua condição original também foi maltratado.

Simplista é o argumento de que a vontade geral da população foi revelada por seus representantes legítimos ao editarem a lei municipal. Na espécie, ao contrário, as sentidas necessidades da população (de continuar tendo uma cidade livre e aberta) e do indivíduo (de poder exercer o direito inalienável de locomoção), não podem ser ignoradas por nenhum dos poderes da república, muito menos pelos órgãos que têm o dever de defender o interesse público.

Outra afirmação incoerente, que tem sido lançada, é o de se exigir indenização (cobrança compulsória do preço público relativo aos bens objeto do contrato de direito real de uso firmado pela administração com a associação de moradores) de quem reside em bairro aberto ao público – que guarda a característica original do respectivo loteamento –, pelo uso de ruas e praças públicas, as quais a agremiação pretende fechar ilegalmente, *ex-vi* de lei municipal, uma vez que, para o seu uso e desfrute, o proprietário do imóvel já paga os tributos correspondentes (impostos, taxas e contribuição de melhoria). Ademais, não há que se falar em pagamento prévio de indenização por apropriação futura de bens públicos, aliás, inalienáveis por natureza e não sujeitos a usucapião (BRASIL, 2002, arts. 100 e 102).

A solução que foi dada por algumas prefeituras ao problema de certos condomínios irregularmente fechados, situados em bairros periféricos, afigura-se, *data venia*, bastante equivocada. Para reparar o erro da ilegal obstrução de ruas e praças públicas, perpetrou-se um engano ainda maior: o de precisamente forçar a execução da ilicitude. Assim, autorizou-se, sem reboço, o isolamento desses locais mediante lei municipal. Visou-se, em contrapartida, uma questionável indenização pela utilização desses bens, que teriam sido indevidamente apropriados. A solução correta, a meu ver, consiste simplesmente, em a administração municipal determinar a imediata abertura ao povo dessas vias e praças, com eliminação das guaritas, sob as penas da lei.

## 6 Impossibilidade de fechamento de bairro antigo, com ruas e praças abertas ao público

O bairro, quando estritamente constituído de casas residenciais edificadas há longos anos, em ruas e praças públicas abertas, não se caracteriza como loteamento fechado, condomínio de fato, nem se trata de uma vila de casas (conjunto de casas em rua particular, de um só acesso, formando uma vila), ou rua pública sem saída (*cul de sac*), com única via de entrada. Portanto, se as ruas e praças públicas têm entradas e saídas independentes, o bairro não se enquadra, de fato, como “*loteamento residencial fechado*”, nem pode ser considerado juridicamente irregular, eis que se presta ao seu uso natural e normal.

Merece destacar que, nesse caso, as casas são independentes, distintas e bem individuadas, a grande maioria construída há muitos anos, não se tratando, portanto, de empreendimento novo, nem de loteamento ou condomínio anteriormente formado de modo legal, ou considerado fechado *de fato*, no qual o adquirente do imóvel já saberia de sua existência. Diversamente, os logradouros são públicos, de uso comum da comunidade, pelos quais o povo em geral sempre teve, e ainda tem, acesso e por eles livremente transita e trafega, sem nenhum impedimento, embaraço ou obstáculo. Fica evidenciado que esse tipo de proprietário optou por viver numa rua pública. Se quisesse morar em condomínio teria comprado um apartamento ou uma casa num condomínio instituído legalmente. Mesmo assim, escolheria um que estivesse de acordo com as suas pretensões, quanto à localização do edifício, ao tamanho da área útil, ao número de quartos, se tem salão de festa e outras facilidades suntuárias, como piscina e quadra de esporte, portaria 24 horas, tudo isso em decorrência do nível social, do tamanho de sua família, se solteiro, casado ou idoso, se tem crianças etc. e levando-se em consideração, sobretudo, o alcance de suas finanças para ver se podem suportar as despesas coletivas. Todavia, tendo optado por residir em rua pública, em casa individualizada, para atender o seu modo particular de vida, não pode sofrer coação para aderir à vontade de uns poucos vizinhos que pretendem lhe impor, coercitivamente, uma convivência condominial, debaixo da vontade da maioria deles (se quiserem, agora, poderão edificar obras nas praças públicas, tais como galpões para salão de jogos, academias de dança e de exercícios físicos etc.), com enorme agregação de custo não previsto em seu orçamento particular.

Decorre daí que merece ser aplicado a esse tipo de condomínio forçado com utilização de bens de uso do povo - por sua inteira pertinência - o trecho contido no voto recente (08.06.2010) do Exmo. Des. do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Antônio Carlos Malheiros, ao apreciar caso semelhante (Apelação Cível nº 410.802-5/3 – Mairinque/São Roque), a ver:

No entanto, à época da aprovação do loteamento, o ato foi regido pelo Decreto 271/67, antecessor da Lei 6.766/79, que, em seu art. 4º, previa que as vias, as praças e áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos constantes do projeto e do memorial descritivo,

---

com a inscrição de que o loteamento passe a integrar o domínio público do Município. Referida lei, acresceu ao rol dos bens que passavam ao domínio público os espaços livres, e proibiu o loteador de alterar sua destinação, por ocasião da aprovação do loteamento, ressalvado a hipótese de caducidade da licença ou desistência do loteador antes do registro. A Associação Amigos Porta do Sol, com permissão da Municipalidade de Mairinque colocou cancelas nas portarias e seguranças armados para interceptar, identificar, fiscalizar e até impedir o ingresso e circulação dos cidadãos ao bairro, determinando, ainda, que os proprietários sejam obrigados a identificar seus carros com selos nos pára-brisas, e que os funcionários das residências, bem como as pessoas moradoras de outros bairros, que necessitem atravessar o loteamento, para chegar a um bairro vizinho[...] *Não sendo o loteamento Porta do Sol, um loteamento fechado quando de seu registro, fechar as ruas com portarias, cancelas, vigilantes ou qualquer outro meio coercitivo, constitui-se flagrante ilegalidade, ferindo o direito de ir e vir do cidadão assegurado pela Constituição Federal, além de, nos termos do art. 99, I, do Código Civil em vigor, as ruas, avenidas e praças são classificadas como bens públicos de uso comum, aos quais qualquer cidadão pode circular e transitar livremente.* (SÃO PAULO, 2010, grifo nossos)

Relevante, ainda, é a advertência feita pelo relator do caso:

Por outro lado, deve-se lembrar que as autorizações de uso destinam-se às edificações temporárias. Portanto, a edificação em área pública por meio de autorização deverá ser por prazo determinado, mediante pagamento de preço público e de caráter temporário, sem a utilização de materiais definitivos e de fácil remoção, o que não é o caso, eis que a guarita é de alvenaria.

O desembargador paulista critica também o pretendido serviço de vigilância, ao arrematar o seu raciocínio, observando que

Cuida-se, portanto, de uma clara delegação do Poder de Polícia. Com efeito, a autorização para uso de área pública, visando o interesse privado, não pode jamais servir para delegar o Poder de Polícia do Estado, permitindo o controle de vias de trânsito e de pedestres com a utilização de guaritas ou cancelas de segurança e cercas com portões. [...] Trata-se, portanto, de uma prerrogativa da Administração, decorrente de sua posição de supremacia perante os administrados, não podendo ser transferido a particulares. (SÃO PAULO, 2010).

Tem-se notícia de que, no município de Uberaba, a concessão de direito real de uso foi autorizada por *noventa e nove anos* (Lei Municipal 10.940/2010,

art.1º), isto é, *por um século*. Aí, vê-se nitidamente que a administração pública abdicou, de vez, definitivamente, sem o menor reboço, de sua total e indelegável supremacia administrativa.

É inadmissível a transformação de bairro com vias abertas ao público em condomínio privado fechado, por mais os seguintes argumentos:

a) Primeiramente, por se entender que nenhuma associação – máxime daquela de que o proprietário não é membro – por meio de simples deliberação em assembleia, ou mesmo o poder público, através de lei municipal, pode, legítima e constitucionalmente, obrigar um morador, que vive há muitos anos em rua aberta ao público, a se tornar condômino de entidade particular fechada, debaixo dos ônus associativos, e a comprar, coativamente, fração ideal dos logradouros públicos administrativamente desafetados e, ainda, a assumir os encargos e serviços próprios do poder público (*limpeza, recapeamento asfáltico, coleta de lixo, reparos na iluminação pública, água e esgoto, pessoal contratado para a segurança (guarita) e outras obras e serviços, que forem necessários*), para os quais já paga os respectivos impostos e taxas. Ou seja, o município nada dá; apenas se livra de encargos que só dizem respeito à administração pública, inclusive abrindo mão de seu poder indelegável de polícia, e vai, ainda, receber anualmente, para sempre, o IPTU das áreas privatizadas (praças e ruas), que passam a ser consideradas áreas de uso comum do condomínio privado.

b) Veja que, nesse caso, a absurda lei municipal está, ilegal e inconstitucionalmente, autorizando fechar um bairro antigo da cidade – que sempre foi aberto ao livre trânsito de pessoas e tráfego de veículos, já que sua principal rua dá acesso a outros logradouros públicos –, e com isso impedindo, ali, a livre circulação dos moradores de outros bairros da mesma cidade. Para terceiros, o bairro, antigamente público, vai ficar, agora – em se perpetrando essa teratologia jurídica –, totalmente sitiado, já que será proibido o ingresso nele do resto da população: os moradores de outros bairros e os visitantes de outras partes do país.

c) Lembre-se de que, quando do loteamento original, o município recebeu, gratuitamente, *ex-vi legis*, as ruas e praças, que se tornaram bens públicos. Logo, se para se desvencilhar da prestação e execução de serviços que lhe são inerentes, a que está legalmente obrigada, a prefeitura coage, indistintamente, todos os proprietários a comprar esses mesmos bens (o nome empregado, concessão de direito real de uso, ou a destinação da “contrapartida” de dinheiro para um fundo específico - não altera a essência da coisa), abdicando-se indevidamente de seu poder de polícia, para a formação de um condomínio fechado particular, ainda que usando uma associação civil de moradores como interposta pessoa – da qual alguns proprietários não fazem parte –, manifesta, seguramente, pretensão arbitrária, ilegal e inconstitucional, repelida pelo Direito.

d) Observe-se que a decisão de se criar uma associação de bairro e, por meio dela, impor a todos os proprietários os ônus financeiro da transformação do local em condomínio particular fechado, está sendo tomada apenas por um grupo de pessoas, o que, no caso, se afigura ilegal, já que para se alterar o regime jurídico

de um logradouro público (em que se vive há decênios, desfrutando livremente das propriedades privadas individuais), em condomínio fechado – coagindo todos os moradores a custear as despesas assumidas por uma associação de que não fazem parte, com compra dos bens públicos –, haveria necessidade, a nosso sentir (se isso fosse possível), a par da lei municipal autorizadora, da concordância *unânime*, expressa e por escrito, de todos os proprietários do bairro - principalmente daqueles mais prejudicados com o fechamento das saídas - anuência essa que, de modo geral, não está sendo dada em sua plenitude, como se pode notar pelas ações judiciais em curso nos tribunais.

e) Porém, somente esse consenso unânime dos atuais proprietários não seria legalmente suficiente. Seria imprescindível, ainda, que a referida associação de moradores obtivesse, previamente, a *anuência* do Ministério Público - que é o defensor dos interesses da coletividade - , uma vez que várias ruas e praças estão sendo privatizadas, em detrimento de toda a comunidade, que está perdendo o livre acesso a esses bens públicos, de uso comum do povo, e o direito de, sem qualquer formalidade prévia, desfrutá-los e transitar por eles. Considerando-se, porém, que a lei municipal que concede ao particular o uso de bem de uso comum é ilegal e inconstitucional, portanto anulável, por infringir diversos preceitos das leis federais e da Constituição - principalmente porque a concessão não atende o interesse público, mas apenas a pretensão egoística de um número reduzido de particulares - o representante do Ministério Público, certamente, não só não concordará, como ingressará, imediatamente, com as medidas legais e judiciais cabíveis e pertinentes, a fim de tornar sem efeito essa afoita legislação, que contraria frontalmente o interesse público.

f) Há, ainda, duas questões a considerar: a) - a coleta do lixo; b) - a entrega da correspondência. Em se fechando as ruas públicas, a municipalidade só recolherá o lixo na portaria, que também é uma rua pública, onde o lixo não pode ser acumulado, já que existem leis municipais proibindo sua colocação nas ruas antes de uma ou duas horas da passagem do caminhão. Por sua vez, a entrega da correspondência pela ECTC será feita na portaria, já que seu funcionário não poderá ser constrangido a se identificar para penetrar no recinto fechado. Se os espaços já não são mais públicos, cessa a obrigação de recolher o lixo ou de fazer a entrega da correspondência nas casas, apesar de identificadas por rua, número e CEP. Em ambos os casos, os moradores que não concordaram com o fechamento serão fortemente prejudicados pelo acréscimo de despesas em sua vida particular.

g) Conclusão: na espécie, tanto a lei municipal, quanto o contrato administrativo da concessão do direito real de uso carecem de interesse público, já que visam beneficiar apenas um reduzido grupo de particulares, e não a maioria dos habitantes da cidade, violando a regra de que a lei, usualmente, deve ter caráter geral, isto é, trazer um benefício amplo para todos, e não individual ou particular, salvo quando confere direitos previstos em outras leis gerais ou na Constituição (p.ex.: concede pensão a determinado grupo de pessoas, como os pracinhas da 2º guerra), e a administração pública deve se reger, entre outros,

pelos princípios da *impessoalidade e eficiência* (BRASIL, 1988, art. 37, “caput”). Portanto, no caso em estudo, ambos, lei e contrato público, são, nesse particular aspecto, visceralmente inconstitucionais e, portanto, nulos, sem valor algum.

## 7 Direito Constitucional de não se associar

Atada, irremediavelmente, aos efeitos derivados da lei municipal e da concessão do direito real de uso dos bens públicos - outorgada a uma associação de moradores formada com o só propósito, claro e insofismável, de se fechar os espaços públicos (ainda que, presentemente, estejam abertos, mas que serão interditados ao povo, logo que vier a legislação, se não houver uma intervenção oportuna do Ministério Público) -, encontra-se a questão de se sujeitar o proprietário, não membro, ao poder dessa famigerada agremiação.

Inicialmente, esclareça-se que não ser associado da concessionária, ou seja, da associação de moradores, nem desejar sê-lo, constitui direito fundamental do indivíduo, amparado pelo preceito constitucional que assim dispõe: “*Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado*” (BRASIL, 1988, art. 5º, XX).

Esse direito fundamental, *de não ser obrigado a se associar coativamente*, está atrelado, indissolúvelmente, a outro, que é, também, resguardado pela nossa Carta Política, ou seja, *o direito à privacidade, ou à intimidade*. Trata-se de uma das mais abrangentes e significativas espécies da liberdade conferida ao indivíduo, ou seja, o direito de não ser importunado, o de estar só consigo, o de estar sozinho, sem ser perturbado, ou de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão o que a lei (legítima e constitucionalmente editada) determina, livre de intrusões, constrangimentos ou ameaças. Ele constitui um dos direitos mais fundamentais do homem e o mais valorizado por pessoas democráticas, decentes e civilizadas, que respeitam os pensamentos divergentes e as atitudes discordantes das minorias. Por isso, a nossa Constituição Federal, em seu art.5º, inciso X, assegura-o, ao afirmar que “*São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização e dano material e moral decorrente de sua violação*” (BRASIL, 1988).

Portanto, uma vez que determinado proprietário não é associado da referida concessionária, não pode, legal e juridicamente, ser compelido a arcar com os ônus associativos, ou seja, ser alcançado por obrigações assumidas pela associação de moradores junto a particulares, ou perante o poder público, por se tratar de *res inter alios*. Daí porque a prefeitura também não pode, legalmente, mandar-lhe diretamente a cobrança do preço público dos bens concedidos, a não ser que ele tenha expressamente concordado com a criação do condomínio.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça-STJ (seguindo o precedente, retro transcrito, traçado pelo Supremo Tribunal Federal) repudiou, de vez, a ilegal pretensão de grupo de moradores de uma rua ou de um bairro, ainda que

momentaneamente majoritário, de tentar dominar e oprimir os seus vizinhos, impondo-lhe obrigações associativas – fechando ruas, com desrespeito ao público em geral –, ao pacificar tema semelhante através de suas 3ª e 4ª Turmas, que formam a 2ª Seção daquela Egrégia Corte, a mais alta do país, a última palavra no que concerne à legalidade de atos jurídicos, públicos e privados:

CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS CONDOMINIAIS. NÃO ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE.

- As taxas de manutenção instituídas por associação de moradores não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que fixou o encargo. (BRASIL, 2009)

PROCESSUAL CIVIL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO. PAGAMENTO IMPOSTO A PROPRIETÁRIO NÃO-ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Os proprietários de imóveis que não integram ou não aderiram a associação de moradores não estão obrigados ao pagamento compulsório de taxas condominiais ou de outras contribuições. Precedentes.

2. Agravo regimental provido. (BRASIL, 2007)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. TAXAS DE MANUTENÇÃO DO LOTEAMENTO. IMPOSIÇÃO A QUEM NÃO É ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 444.931/SP, a Segunda Seção desta Corte consolidou entendimento no sentido de que “As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo.” (REsp 444931/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Rel. p/Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, julgado em 26.10.2005, DJ 01/02/2006 p.427).

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2009)

*AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. CONDOMÍNIO ATÍPICO. COTAS RESULTANTES DE DESPESAS EM PROL DA SEGURANÇA E CONSERVAÇÃO DE ÁREA COMUM. COBRANÇA DE QUEM NÃO É ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE.*

1. Consoante entendimento firmado pela Segunda Seção do STJ, “as taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietários de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo” (REsp n.444.931/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, rel. p/o acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 1º.2.2006).

2. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2009).



No precedente invocado (Emb.Div. no Resp nº 444.931-SP), o Ministro Humberto Gomes de Barros, assim sumariou o seu voto vencedor:

*A questão é simples: o embargado não participou da constituição da associação embargante. Já era proprietário do imóvel, antes mesmo de criada a associação. As deliberações desta, ainda que revertam em prol de todos os moradores do loteamento, não podem ser impostas ao embargado. Ele tinha a faculdade – mais que isso, o direito constitucional – de associar-se ou não. E não o fez. Assim, não pode ser atingido no rateio das despesas de manutenção do loteamento, decididas e implementadas pela associação. Em nosso ordenamento jurídico há somente três fontes de obrigações: a lei, o contrato e o débito. No caso, não atuam qualquer dessas fontes.”. (BRASIL, 2009, grifos nossos)*

Em seu voto preliminar, já asseverara: *“Na verdade, essa cobrança tem toda a característica de uma taxa e, mesmo a taxa tributária, só é impositiva em função da lei, aí não há um fundamento legal.”* (BRASIL, 2009, grifos nossos).

Então, para se resguardar, o proprietário não membro deve endereçar correspondência à associação de moradores – que está lhe fazendo a cobrança indevida - advertindo-a, por escrito, do constrangimento ilegal que está causando, o qual ensejará – caso ela persista, de má-fé, na prática da ação temerária –, a responsabilização civil, com a obrigação de indenizar os danos materiais e morais. Eventualmente, ela poderá responder criminalmente, caso sua conduta caracterize o delito previsto no art. 146 do Código Penal (*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou fazer o que ela não manda*), preceito este que tem assento constitucional (BRASIL, 1988, art. 5º, II), já que a nossa Carta Magna reza que *“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”*

Finalmente, o que há de pior e mais nefasto nesse tipo de associação de moradores é que ela impõe, coativamente, o ingresso do dono do imóvel (que residia livremente em casa particular em rua pública, sem a dominação e controle de seus vizinhos sobre sua vontade individual) em seu quadro social, do qual, também impositivamente, ele não pode mais sair voluntariamente, a não ser vendendo sua propriedade, o que, sem dúvida, afronta de uma só vez, em suas duas dimensões, o lapidar direito fundamental resguardado na Constituição Federal (BRASIL, 1988, art. 5º, XX) de que *“Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”*.

## 8 Falácia do argumento do enriquecimento ilícito por serviços não encomendados

Parece-me descabida e inconsistente a opinião que defende o pagamento obrigatório de serviços prestados ou de obras edificadas por associação de moradores, ainda que não solicitadas por quem dela não é membro, sob o argumento do enriquecimento ilícito, em virtude da pretensa fruição dos benefícios oriundos dessa atividade unilateral. De imediato, duas razões emergem: a) - há evidente desrespeito ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, que já se manifestou em sentido oposto sobre a matéria, pacificando a questão; e b) porque a jurisprudência anteriormente adotada nos tribunais estaduais já mudou, evoluiu, não sendo mais correta a invocação de desastrosos precedentes que adotaram essa perigosa tese já superada.

Para desfazer e colocar por terra, definitivamente, esse ilógico argumento, é de se perguntar: caso uma empresa de segurança mandasse, por conta própria, à revelia do interessado, um guarda para vigiar um estabelecimento comercial, ou uma residência, e, ao fim do mês, endereçasse-lhe um boleto, sob o argumento de que houve benefício pelo serviço prestado, seria lícita essa cobrança? Ou, então, se um indivíduo procurasse o dono de um terreno vago e lhe dissesse que, embora sem ajuste prévio, o limpou e murou para atender o código de postura municipal, teria esse prestador de serviço o direito ao pagamento do seu labor e materiais ali empregados, sob falso argumento do enriquecimento ilícito? Evidentemente que não! Quem decide se quer um benefício e se este realmente lhe confere um proveito real, se é conveniente e oportuno – já que pode ser apenas um pretenso auxílio, ou, então, praticado fora de hora, em que o favorecido pode não contar com os recursos financeiros suficientes naquele momento –, é aquele que o contrata e não o prestador que age - quando o serviço não é solicitado - por sua exclusiva conta e risco. Por isso, tal prestador de serviço deve, solitariamente, assumir o ônus de sua própria imprudente iniciativa. Do contrário, estar-se-ia criando uma nova fonte de obrigações cíveis contratuais, não decorrente da lei, mas absurdamente impositiva: a nascida sem justa causa pela vontade unilateral de uma das partes.

De propósito, sobre a matéria em enfoque, trazem-se à colação os bem lançados pronunciamentos de dois Desembargadores do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Asseverou Des. José Carlos Ferreira Alves:

10. Ora, malgrado seja incontroverso que os serviços e benfeitorias realizadas no loteamento atingiram a todos, não vislumbro ser hipótese de compelir o apelante a ter que efetuar referidos pagamentos. 11. A uma, porque é evidente que tem o direito e a liberdade constitucional de associação e, nos autos, é incontroverso o fato de que, em nenhum momento, o apelante teve a intenção de participar do quadro de associados da apelada e tampouco votou ou anuiu com as deliberações por ela tomadas. 12. A duas, porque, também ficou comprovado que, no caso sub judice, o apelante já era proprietário de imóvel localizado

no loteamento do Jardim Apolo antes mesmo que houvesse a intenção da apelada em fechar as ruas, tornando-o um “loteamento fechado”, ou “condomínio fechado” de fato, porquanto não observadas as formalidades da Lei nº 4.591/64. 13. Ora, não me parece razoável compelir o proprietário de imóvel individualizado, que jamais teve a intenção de associar-se à sociedade de moradores e tampouco de viver em “loteamento fechado”, a suportar os encargos com os quais não anuiu e foram criados em momento ulterior à sua propriedade no local. 14. Com efeito, se, de um lado, as despesas com a manutenção e conservação do loteamento são tidas por benefícios aos moradores pela associação apelada, de outro, são totalmente contrárias aos interesses do apelante. 15. Afinal, sob seu enfoque, o fechamento das ruas implicou cerceamento ao direito de ir e vir, a segurança dos moradores ficou mais vulnerável do que dantes, as custas com a manutenção de portarias é deveras elevado e há controvérsias acerca de eventual valorização do imóvel, já que o condomínio formado não fora planejado. 16. Diante desse cenário, ainda que as obras realizadas e os serviços prestados sejam destinadas direta ou indiretamente a todos os moradores do loteamento, as despesas daí decorrentes não podem ser cobradas do morador não associado que, além de não ter solicitado os serviços, discorda de sua prestação. (BRASIL, 2010b).

Por sua vez, enfatizou a Des. Christine Santini Anafe:

Como bem salientou o MM. juízo “a quo”, “Uma vez prestados tais serviços por quem não detém legitimidade para tanto, cabe àquele que os presta arcar com os custos e a responsabilidade pelas despesas efetivadas nesse sentido. A associação autora, enquanto pessoa jurídica constituída em razão da manifestação de vontade de seus associados, deve suportar os ônus decorrentes de seus atos, descabendo impor a terceiros dela não participantes tal encargo.” Assim, mostra-se patente a nulidade dos dispositivos contratuais que estabelecem a vinculação obrigatória dos proprietários de lotes à associação autora, não havendo amparo legal para a promoção da cobrança.” (BRASIL, 2010a).

A prosperar essa extravagante e insensata tese do enriquecimento ilícito por serviços prestados sem ajuste prévio entre as partes interessadas, o direito civil perde os seus sólidos e milenares fundamentos, inaugurando-se o caos social, passando a prevalecer, de modo aleatório e imprevisível, a vontade absoluta, às vezes inescrupulosa ou eivada de suspeição, de aproveitadores, estelionatários, fraudadores e de outros elementos desse mesmo naipe. Ou seja, por conta dessa desastrada doutrina, uma pessoa fica indevidamente à mercê de outra, eis que nada os une ou ata, isto é, inexistente liame que advenha da lei, de alguma relação jurídica contratual, ou obrigação decorrente de ato ilícito. Por consequência, a responsabilização cível sem justa causa, por ser odiosa, não é permitida pelo Direito, nem pela Ética.

## 9 Cobrança indevida, ilegal e inconstitucional: preço público ou tributo?

Reporto-me às guias de arrecadação municipal que têm sido, costumeiramente, expedidas pela prefeitura diretamente em nome dos proprietários não membros das associações de moradores, relativas aos contratos de concessão de direito real de uso de área pública, de que tratam as leis municipais que autorizam a formação do condomínio fechado.

Como o contrato administrativo foi firmado entre o município e a respectiva associação de moradores, a prefeitura deve efetuar o lançamento de seu crédito diretamente contra a entidade associativa, já que ela é o legítimo sujeito passivo da obrigação contratual. Ao assinar o termo, a concessionária ficou pessoalmente vinculada à obrigação assumida de pagar o preço público e, depois, ressarcir-se dos seus associados e apenas destes.

Desse modo, é indevida e ilegal a emissão das guias de cobrança diretamente em nome de quem não é membro da associação de moradores, muito menos com a advertência de que haverá a incidência de multa e atualização monetária caso não sejam pagas no vencimento. Pendência concernente à relação jurídica estabelecida entre o poder público e a concessionária deve ser resolvida unicamente entre essas duas partes, não podendo atingir terceiros estranhos ao pacto. Portanto, se na ótica das autoridades executivas municipais, há valores devidos, a cobrança deve se voltar contra a legítima devedora (a concessionária) e não contra terceiros, estranhos ao termo do contrato administrativo de concessão de direito real de uso de área pública, os quais a associação não representa, nem fala por eles. Essa argumentação não se invalida mesmo que a lei municipal disponha, ilegalmente, de modo contrário.

Ademais, em relação ao terceiro, não signatário do contrato administrativo, não se trata de preço público, mas tributo. O preço público se caracteriza pela liberdade que tem o particular em assumir voluntariamente a obrigação, que gera a remuneração pública, pelo facultativo uso de um serviço público (não obrigatório), ou pelo também espontâneo uso ou aquisição de bens do Estado. A marca do tributo, por sua vez, é a coercitividade (MACHADO, 1992, p. 335-338). É impositivo. Ninguém, alcançado pela lei que o institui, dele escapa impunemente. O imposto, por exemplo, é genérico. A taxa, por sua vez, tipifica-se pelo seu pagamento compulsório em razão do uso – sem opção alternativa – de um serviço público ou em decorrência do poder de polícia.

Já no caso em estudo, a cobrança de uma remuneração em virtude da concessão do direito real de uso de bens públicos, em relação aos não participantes da associação de moradores, a qual assumiu solitária e voluntariamente a obrigação oriunda do contrato administrativo, sem dúvida caracteriza-se como um *tributo inominado* (pois não se trata de imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório, ou qualquer tipo de contribuição social), não previsto em lei ou na própria Constituição Federal (BRASIL, 1988, arts. 145, 148 e 149). Portanto, sua instituição e cobrança são absoluta e irremediavelmente inconstitucionais.

De qualquer sorte, como se trata de uma imposição fiscal, ainda que com base em lei municipal inconstitucional, deve se reger pelas normas tributárias. Fica claro, primeiramente, que não houve a observância do devido processo legal (*Due Process of Law*) na apuração do débito, que na realidade se transformou, automaticamente, em dívida fiscal, uma vez que os moradores não foram intimados dos atos de constituição do crédito tributário (autuação e lançamento), mas foram, ao contrário, apenas notificados para efetuar o seu pagamento. Evidentemente, não se observou, na constituição do crédito fiscal, os princípios tributários, legais (Código Tributário Nacional – Lei 5.172/66) e constitucionais (BRASIL, 1988, arts. 146 e 150).

Logo, a cobrança, de valor apurado e lançado unilateralmente, feita diretamente pela prefeitura ao morador não associado, revela-se indevida, já que ele nada tem a ver com a associação, que assumiu sozinha a responsabilidade financeira pela formação do condomínio. É ilegal, porque não foram cumpridas as formalidades exigidas pelo CTN para a constituição válida do crédito tributário. Manifesta-se, ainda, inconstitucional, uma vez que essa espécie de tributo não está prevista na nossa Constituição, ou autorizada sua criação por ela.

Veja que a cobrança indevida traz consigo sérias implicações sociais, profissionais, comerciais e legais, como a impossibilidade de se obter certidão negativa junto ao ente local. Por consequência, ela gera a responsabilidade para o município de indenizar os danos materiais e morais, decorrentes do constrangimento ilegal, nos termos da lei civil (BRASIL, 2002, arts. 186, 927 a 954).

## 10 Inviabilidade jurídica de aquisição forçada de bens públicos

Também merece especial atenção determinar-se a correta natureza jurídica daquilo que a prefeitura pretende cobrar de cada proprietário do condomínio privado que, sob seus auspícios, pretende-se inaugurar ou já foi implantado. Ou seja, do valor referente à fração ideal dos bens públicos, inconstitucionalmente desafetados (ruas e praças de uso comum do povo), que estão sendo transferidos para um grupo seletivo de particulares, para fins de formação de um condomínio privado e fechado. Releva observar que a concessão de direito real de uso, outorgada para durar por longos anos (algumas por *quase um século*), com exigência legal de “contrapartida” financeira imediata para os cofres do município, na realidade equivale a uma *venda forçada de bens públicos*, já que o nome utilizado no contrato administrativo não altera a essência jurídica do ato. “*Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem*”. (BRASIL, 2002, art. 112).

## CONCLUSÃO

Então, em face de nosso ordenamento jurídico, fica bem claro que, mesmo com a autorização veiculada por meio de lei municipal, não é lícito obrigar todos

os moradores do bairro, sem exceção, a comprar, proporcionalmente às áreas de seus terrenos, as ruas e praças públicas, que estão sendo ilegalmente liberadas para fins de formação de condomínio fechado, e sobre as quais, futuramente, vai, seguramente, incidir o IPTU, uma vez que passarão a ser consideradas áreas privadas de uso comum apenas dos condôminos. Tampouco é permitido compeli-los, ainda, a arcar com as despesas associativas de manutenção e conservação desses espaços, pois para esses serviços públicos - que estão sendo indevidamente transferidos para a agremiação particular, os proprietários já pagam os respectivos impostos e taxas.

Indaga-se: pode alguém ser coagido a fazer uma compra, máxime de um bem público, sobre cujo valor e prazo de pagamento não houve negociação, nem acordo, mas que foram definidos a sós pelo vendedor (o município) – que acrescentou penas pecuniárias para o caso de inadimplemento da obrigação no dia do vencimento por ele fixado de modo arbitrário –, notadamente se o pretense comprador não está interessado no negócio e, às vezes, nem tem o dinheiro suficiente para, na data unilateralmente aprezada, suportar o encargo imposto coativamente?

Enfática e obviamente, a Constituição Federal e o Direito Administrativo pátrio, aliados ao senso comum, próprio de pessoas razoáveis, dão uma vigorosa resposta *negativa*.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm)> Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei no 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11331762/artigo-8-da-lei-n-4591-de-16-de-dezembro-de-1964>> Acesso em: 28 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei no 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento urbano e dá outras Providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 444931-SP (2005/0084165-3). 2ª Seção. Embargos de divergência. Recurso especial. Associação de moradores. Taxas de manutenção do loteamento. Imposição a quem não é associado. Impossibilidade. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJU, Brasília, 26 out. 2005, p. 427. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_urbanismo\\_e\\_meio\\_ambiente/Jurisprudencia/](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/Jurisprudencia/)>

juris\_urbanismo/STJ-E-RESP-444931-SP-%28out-05%29\_Loteamento-Taxa-cobran%C3%A7a-.pdf>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº623274-RJ (2004/0007642-4). 3ª Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Loteamento. Associação de moradores. Cobrança de taxa condominial. Precedentes da Corte, Brasília, Distrito Federal, 07 de maio de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=689227&num\\_registro=200400076424&data=20070618&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=689227&num_registro=200400076424&data=20070618&formato=PDF)>. Acesso em: set. 2014

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.706-4-DF. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei distrital n. 1.713, de 3 de setembro de 1.997. Relator Eros Grau. DJU, Brasília, 09 abr. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547191>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 947596-SP (2007/0099179-1). 2ª Turma. Processual Civil. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de Lei Municipal. – Prejudicialidade Externa. Inexistência de Vinculação dos Efeitos. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 25 ago. 2009a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=906829&num\\_registro=200700991791&data=20090914&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=906829&num_registro=200700991791&data=20090914&formato=PDF)>. Acesso em: 02 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 551.483 - SP (2003/0171600-0). 2ª Seção. Agravo regimental em agravo de instrumento. Associação de moradores. Taxas de manutenção do loteamento. Imposição a quem não é associado. Impossibilidade. Agravante: Chácaras Castelo Country Club. Agravado: Antônio da Conceição Simões e outro. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJ/RS). Brasília, DF, 19 nov. 2009b. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19167782/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-de-instrumento-agrg-nos-edcl-no-ag-551483-sp-2003-0171600-0/inteiro-teor-19167783>>. Acesso em: 02 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 953621 (RJ 2007/0224682-0). 4ª Turma. Processual civil. Associação de moradores. Taxa de manutenção. Pagamento imposto a proprietário não-associado. Impossibilidade. Precedentes. Relator Ministro João Otávio de Noronha. DJU, Brasília, 01 dez. 2009c. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=933548&num\\_registro=200702246820&data=20091214&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=933548&num_registro=200702246820&data=20091214&formato=PDF)>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1179073 (RJ 2009/0068751-5). 3ª Turma. Civil. Agravo no agravo de instrumento. Ação de cobrança. Cotas condominiais. Não associado. Impossibilidade. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJU, Brasília, 15 dez. 2009d. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=6283786&num\\_registro=200900687515&data=20091016&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=6283786&num_registro=200900687515&data=20091016&formato=PDF)>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 613.474 - RJ (2003/0208815-8). 2ª Seção. Agravo regimental. Recurso especial. Associação de moradores. Condomínio atípico. Cotas resultantes de despesa em prol da segurança e conservação de área comum. Cobrança de quem não é associado. Impossibilidade. Agravante: Associação dos proprietários e moradores do Vale do Eldorado. Agravado: Salvador Villardo. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 17 set. 2009e. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP\\_613474\\_RJ\\_1263862294683.pdf?Signature=%2BQQzd5uwRT%2FDxgnoB08fEvn5phg%3D&Expires=1409682904&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=c4e3228f0b88727b26ee2dea7c0da8bb](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP_613474_RJ_1263862294683.pdf?Signature=%2BQQzd5uwRT%2FDxgnoB08fEvn5phg%3D&Expires=1409682904&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=c4e3228f0b88727b26ee2dea7c0da8bb)>. Acesso em: 05 out. 2010.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível. nº 994.04.072640-1 (0353940.4/4-00). Relator Desembargadora Christine Santine Anafe. São Paulo, 14 de junho de 2010a. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 14 jun. 2010. p. 255. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/10510661/pg-255-judicial-2-instancia-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp-de-14-06-2010>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo, Segunda Câmara de Direito Privado. Ação de Cobrança. Cobrança das despesas decorrentes das obras e manutenção de loteamento que foi fechado por vontade da maioria dos integrantes da associação de moradores. Apelação nº 994090429252-SP. Relator: José Carlos Ferreira Alves. Brasília, 13 de julho de 2010b. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/APL\\_994090429252\\_SP\\_1279369462997.pdf?Signature=y44DGLvdJ6IWWAW9WwTWVYTUSZM%3D&Expires=1409770065&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-contenttype=application/pdf&xamzmetamd5hash=93d1e8d12a37f8bf1ac34b8b13ab7838](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/APL_994090429252_SP_1279369462997.pdf?Signature=y44DGLvdJ6IWWAW9WwTWVYTUSZM%3D&Expires=1409770065&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-contenttype=application/pdf&xamzmetamd5hash=93d1e8d12a37f8bf1ac34b8b13ab7838)>. Acesso em: set. 2014.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1992.

FOSCHINI, Regina Célia. Loteamento fechado: a absoluta falta de amparo legal. **Fórum Ambiental da Alta Paulista**, v. IV, ano 2008. Disponível em: <<http://www.fakeclimate.com/arquivos/ArtigosFake/R-MC-02.pdf>>. Acesso em: set. 2014.



FREITAS, José Carlos de. **Da legalidade dos loteamentos fechados**. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist Papers**. USA: Penguin Group, 1961, 321 p.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MADISON, James. **The Federalist**, nº 51. USA: The Easton Press, 1979. Disponível em: <<http://www.constitution.org/fed/federa51.htm>>. Acesso em: set. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. nº 410.802.5/3. Relator Desembargador Antônio Carlos Malheiros. São Paulo, 08 de junho de 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4537248>>. Acesso em: set. 2014.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3 ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2001, 99 p.



# A NOVA SISTEMÁTICA EXECUTIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS SEUS REFLEXOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS CÍVEIS

## The new executive systematic of the Code of Civil Procedure and its impact on the civil state special courts

Vivian Lopes Pereira<sup>1</sup>

### Resumo

O presente trabalho visa expor como as principais alterações estipuladas pela Lei 11.232 de 2005 no procedimento executivo do Código de Processo Civil interferiram na medida executiva estabelecida pela Lei 9.099 de 1995. Os Juizados Especiais são considerados um microsistema judicial completo no qual a aplicação das normas previstas no Código de Processo Civil é feita de maneira subsidiária e em obediência aos seus critérios norteadores (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade) buscando sempre que possível a conciliação ou a transação. Dessa forma, é possível a aplicação das recentes modificações do processo de execução tradicional no procedimento instituído pela Lei 9.099 de 1995 desde que não contrarie seus princípios essenciais e no caso de omissão da lei especial.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Execução. Alterações. Juizados Especiais Cíveis. Aplicação subsidiária.

### Abstract

*This work aims to explain how the key changes stipulated by the Law 11.232 of 2005 in the procedure executive of the Code of Civil Procedure interfered insofar executive established by Law 9.099 of 1995. The Special Courts are considered a microsystem court in which the full implementation of the Code of Civil Procedure is done on a subsidiary and in obedience to its guiding criteria (oral, simplicity, informality, procedural economy and speed) seeking wherever possible to conciliation or the transaction. Thus, it is possible the implementation of recent changes to the traditional process of implementing the procedure established by Law 9,099 of 1995 provided that does not undermine its core principles and in case of default of the special law.*

**Keywords:** Civil Procedure. Implementation. Amendments. Special Courts Civils. Application subsidiary.

## INTRODUÇÃO

A experiência tumultuada das últimas décadas de tutela jurisdicional, fundada no processo civil clássico, assim como o inoperante sistema instrumental para as demandas de menor complexidade probatória e valor econômico, começaram

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto UVB. Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

---

a dar sinais precisos da necessidade premente de mudanças efetivas e eficazes voltadas à satisfação dos jurisdicionados e da pacificação social.

Em um contexto de crises interligadas – a instrumental e a jurisdicional – iniciou-se no Brasil, na década de 80, uma nova forma de prestar jurisdição cível, de maneira informal, ancorada na solução do conflito por meio da auto-composição: os chamados Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/1984).

Os resultados práticos obtidos foram muito positivos ao permitir que a Constituinte de 1988 elevasse os Juizados Especiais Cíveis e Criminais à categoria de Instituto - previsto na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988, art. 98, I).

Em 1995, editou-se a Lei nº 9.099 que estabelece as regras de procedimento e os princípios norteadores. Foi criado, na verdade, um microsistema judicial completo, mas que, para ter uma tutela jurisdicional completa, é possível utilizar-se de normas do procedimento tradicional.

Verifica-se, nesse microsistema, a incessante tentativa de o legislador oferecer ao jurisdicionado uma nova forma de justiça, mas sem ferir o devido processo legal (princípio e regra de ordem constitucional inarredável). Isso em sintonia com os anseios do novo milênio, de modo a equacionar o acesso à jurisdição com a instrumentalidade e a efetivação do processo (acesso à ordem jurídica justa).

Apesar de a Lei nº 9.099 de 1995 estabelecer procedimento próprio para a movimentação dos processos nos Juizados Cíveis, é possível a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, caso haja incompatibilidade com seus critérios norteadores e caso a lei especial seja omissa.

Dessa forma, diante das recentes modificações do processo executivo tradicional - trazidas principalmente pela Lei nº 11.232 de 2005 - fica a dúvida se essas alterações também seriam aplicadas no procedimento de satisfação do crédito estipulado pela Lei dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis.

Por serem atuais as modificações na legislação processual civil, sua aplicação nos processos que tramitam nos Juizados Especiais não é pacífica. Essa é a questão em torno da qual se desenvolverá este estudo, analisando-se se as alterações terão ou não aplicabilidade junto à Lei Federal nº 9.099/95.

As questões a serem abordadas, nesta pesquisa, são as seguintes: A multa prevista no art. 475 – J, do Código de Processo Civil (CPC), aplica-se aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais? Se aplicável, em que momento iniciaria a contagem do prazo para a sua incidência? É necessária a prévia intimação específica do devedor para pagar o débito, como condição de incidência da multa do art. 475-J do CPC? Qual é o prazo para o oferecimento dos Embargos à Execução de título judicial? Aplica-se a Lei nº 11.232, de 2005, ou aplica-se o art. 738 do CPC?

Para responder a essas perguntas, utilizaremos uma metodologia que consistirá na avaliação de compatibilidade entre as leis ora destacadas (Lei nº 9.099/1995 e Lei nº 11.232/2005) e, em seguida, na pesquisa doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema.

## 1 Dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis

### 1.1 Histórico

Há consenso na doutrina de que a ideia da criação dos Juizados Especiais nasceu da necessidade de se resolverem os problemas do acesso à Justiça e da litigiosidade contida, ambos envolvendo o pequeno litigante.

O conceito de acesso à justiça, enquanto direito social fundamental essencial à pacificação social, é pressuposto de toda ordem jurídica que se proclame moderna e igualitária, no sentido de não apenas ditar direitos, mas, sobretudo de garanti-los.

O pequeno litigante, detentor de interesses de reduzido valor econômico, sempre enfrentou obstáculos das mais diversas índoles, que o tornavam cada vez mais distante do Poder Judiciário.

Podem ser citados como principais obstáculos a excessiva formalidade processual, a morosidade, o elevado custo da demanda e a desinformação.

Basicamente, esse é o contexto em que se insere a Lei nº 9.099/1995. Aparece como resposta do Estado às exigências da sociedade contemporânea e como resultado do desenvolvimento de modelos e conceitos que primam por garantir o acesso a uma justiça rápida e eficiente.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, previu expressamente a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais nos arts. 24, inciso X, e 98, inciso I. No primeiro caso, está consignada a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a criação, o funcionamento e o processo dessa justiça de pequenas causas. O art. 98, inciso I, por sua vez, expressa a necessidade de criação dos Juizados pelos Estados e pela União, no Distrito Federal (BRASIL, 1998).

Assim, a Lei nº 7.244, de 07.11.84, dos Juizados de Pequenas Causas, foi aprimorada e substituída pela Lei nº 9.099, de 26.09.95, que entrou em vigor em 27.11.95, criando-se a sistemática dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

### 1.2 Do Procedimento Sumaríssimo

A Lei nº 9.099, de 26.09.1995, cumprindo o disposto no art. 98, inciso I da Constituição da República, estabeleceu a competência e o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, na condição de “órgãos da Justiça Ordinária”.

Essa terminologia consagra a ideia de que há uma Justiça Federal, comum ou especial, e uma Justiça Ordinária, ou local, composta pelos Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (BRASIL, 1988, art. 92, VII).

A Lei nº 9.099/1995 tem análoga abrangência nacional, ou seja, vigora em todo o território brasileiro, vinculando todos os sujeitos à sua soberania, mercê da qualidade geral de suas normas (BRASIL, 1988, art. 24, X e §1º).

---

Segundo Araken de Assis (2006), os Juizados Especiais se destinam, fundamentalmente, a aumentar a oferta jurisdicional, gerando um grau maior de pacificação social e solucionando, com brevidade e custos mínimos, econômicos e sociais, conflitos que, em geral, não obtinham sequer solução pelos órgãos tradicionais. Visam os juizados a abrandar o fenômeno da litigiosidade contida.

Para Figueira Júnior (2006), com a entrada em vigor da Lei nº 9.099/1995, introduziu-se no mundo jurídico um novo sistema, ou ainda melhor, um microsistema de natureza instrumental e de instituição constitucionalmente obrigatória nos termos da Constituição da República, destinado à rápida atuação do direito.

O legislador não deixou dúvida a respeito de sua intenção na determinação impositiva da criação dessas unidades jurisdicionais especialíssimas, ao dispor com clareza que “os Estados, Distrito Federal e Territórios criarão e instalarão os Juizados Especiais, no prazo de seis meses, a contar da vigência desta Lei”. Contudo, trata-se de norma temporal meramente programática, sem trazer em seu bojo qualquer carga sancionadora na hipótese de eventual descumprimento por parte dos Estados da Federação.

Ressaltamos que todas as normas estaduais - até o advento da Lei nº 9.099/1995 - que tratavam da matéria, foram derogadas ou revogadas.

Segundo Tourinho Neto e Figueira Júnior (2007), a Lei nº 9.099/1995 não trata apenas de um novo procedimento; transcende essa barreira e, ancorando no artigo 98, inciso I e seu parágrafo único, da Constituição da República, dispõe sobre um novo processo e um rito diferenciado. Em outros termos, não é apenas um procedimento sumaríssimo, é também, e muito mais, um processo especialíssimo.

Os Juizados encontram sua competência bem definida no art. 3º, da Lei nº 9.099/1995, sendo que suas atribuições, que aparecem calcadas nas principais atividades e providências judiciais a serem exercidas pelo Estado-Juiz, estão delineadas na segunda parte desse dispositivo.

Dessa forma, os Juizados Especiais foram criados não só para a tentativa de composição amigável - conciliação ou transação -, mas também para o desenvolvimento do processo, em todos os termos e na forma procedimental instituída pela própria lei. Isso representa viabilidade jurídica de obtenção da prestação da tutela jurisdicional, por intermédio “da prolação de uma sentença de mérito para a resolução da lide e satisfação do vencedor”. Representa, também, “a efetivação forçada da pretensão acolhida pelo julgador, por meio da execução específica”, ou a atuação autoritária da lei em favor do autor vencedor da demanda, além das hipóteses de execução forçada de título executivo extrajudicial contra devedor solvente (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JUNIOR, 2007, p. 72).

A Lei nº 9.099/1995, para ordenar os atos processuais, instituiu que o processo segue os critérios orientadores da oralidade, da simplicidade, da informalidade,

da economia processual e da celeridade, buscando, sempre que possível à conciliação ou a transação.<sup>2</sup>

Apesar de o legislador ter utilizado a expressão “critérios orientadores” do processo nos Juizados, estamos diante de verdadeiros princípios gerais (FIGUEIRA JUNIOR, 2006, p. 34).

No que tange ao princípio da oralidade, segundo o doutrinador Joel Dias Figueira Júnior (2006), também chamado de viga mestra da técnica processual, significa que a exigência precípua da forma oral no tratamento da causa, sem que isso exclua por completo a utilização da forma escrita, o que, aliás, é impossível, tendo em vista a imprescindibilidade na documentação de todo processado. “Ademais processo oral não é sinônimo de processo verbal” (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JUNIOR, 2007, p. 74).

Com referência aos princípios da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, são eles decorrentes do próprio texto constitucional, que exige no inciso I, do art. 98, da Constituição da República, que se observe, nos Juizados Especiais, a oralidade em grau máximo, de onde provém procedimento verdadeiramente sumaríssimo.

Trata-se de um rito extremamente sumário, cujas características são a rapidez, a simplicidade, a informalidade, a concentração dos atos e a economia processual.

Depreende-se, assim, que o procedimento dessa lei é mais flexível do que os delineados no processo civil tradicional. Segundo Tourinho Neto e Figueira Júnior,

A Lei 9.099/1995 não está muito preocupada em preconizar a forma em si mesma; sua atenção fundamental dirige-se para a matéria de fundo, ou seja, a concretização, a efetivação do direito do jurisdicionado que acorreu ao Judiciário (...). Em outros termos isso não passa da incidência do princípio da equidade, também preconizado nesta lei (art. 6º). (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JUNIOR, 2007. p. 79).

Ainda seguindo o pensamento desses doutrinadores, é importante salientar que não se admite a substituição ou introdução de fases ou ritos estabelecidos no Código de Processo Civil ou em normas extravagantes em dissonância com a lei dos Juizados Especiais.

Tal conclusão pode ser extraída da própria lei, no art. 51, inciso II:

Art.51: Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei:

<sup>2</sup> Artigo 2º da Lei 9.099/1995: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação” (BRASIL, 1995).

---

I - (...)

II - quando inadmissível o procedimento instituído por esta Lei ou seu prosseguimento, após a conciliação. (BRASIL, 1995).

Outro princípio importante que rege os Juizados Especiais é o da autocomposição, seja por meio da transação, seja por meio da conciliação, ambos extinguem o processo através de uma sentença de mérito.<sup>3</sup>

Segundo Diniz (2006), a transação é “o negócio jurídico bilateral pelo qual as partes interessadas, fazendo-se concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas”, enquanto a conciliação significa a “composição amigável sem que se verifique alguma concessão por quaisquer das partes a respeito do pretense direito alegado” (DINIZ, 2006, p. 532).

O Estado-Juiz tem um compromisso importante entre os litigantes: tentar a autocomposição, pois se considera que a composição amigável é a melhor forma de solucionar conflitos jurídicos e sociológicos. A esse respeito, segundo Figueira Junior (2006, p.42), a sentença de procedência ou improcedência do pedido põe termo apenas à lide no plano do direito e nem sempre, ou não necessariamente, extingue o litígio dos contendores na órbita social.

O fato é que, embora o procedimento da Lei dos Juizados seja bem simples, se comparado ao procedimento do Código de Processo Civil, ainda apresenta um conjunto sistemático de normas imprescindíveis ao bom andamento do processo, consagrando os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, dentre outros.

## **2 A execução instituída pela Lei 9.099/1995**

Como o trabalho visa analisar os reflexos das alterações na sistemática executiva do Código de Processo Civil nos Juizados Especiais Cíveis, é importante primeiramente explicitar como a Lei 9.099/1995 trata a matéria de execução.

Não usando de boa técnica, o legislador sistematizou separadamente e regulou, em dispositivos diversos, as execuções fundadas em título judicial (BRASIL, 1995, art. 52) e extrajudicial (BRASIL, 1995, art. 53), quando o procedimento e formas de satisfação são idênticos. “Os processos não diferem em nada, a não ser quanto à natureza do título exequendo” (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JUNIOR, 2007, p. 335).

### **2.1 Do Processamento do Título Judicial**

Segundo os artigos 52 e 3º, § 1º, inciso I da Lei 9.099/1995 (BRASIL, 1995), as sentenças proferidas nos Juizados Especiais serão, neles mesmos, executadas,

---

<sup>3</sup> Artigo 22, parágrafo único da Lei 9.099/1995: “Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo”.



extinguindo-se o processo afinal, com a obtenção da pretensão insatisfeita pelo exequente, ou, com a frustração de todo o processado, no caso de inexistência de bens em posse ou propriedade do devedor suficientes para garantirem a satisfação do débito.

Segundo Assis (2006, p.52), trata-se de “competência funcional e, portanto, absoluta, não admitindo prorrogação ou mudança pela vontade das partes”.

A lei não admite sentença ilíquida em hipótese alguma, mesmo que o pedido tenha sido formulado genericamente (BRASIL, 1995, art. 38, Parágrafo Único), a fim de que ela possa ser imediatamente executada sem a necessidade de se proceder à prévia liquidação. Aliás, inexistente a fase de liquidação nos Juizados Especiais.

Em atenção ao princípio da oralidade, a sentença deverá ser proferida no mesmo ato, logo após a colheita da última prova. Assim, caso seja proferida na audiência de instrução e julgamento, a intimação da sentença deverá ser feita nesse momento. O conhecimento, de fato, dá-se no instante imediato em que o magistrado está prolatando a sentença oralmente. A lei transcende a necessidade do ato de comunicação, determinando ao juiz que o vencido seja instado a cumprir a sentença tão logo ocorra seu trânsito em julgado.

Transitada em julgado, a sentença, e não cumprida voluntariamente pelo devedor, cabe ao vencedor informar tal fato ao juízo e requerer a execução da mesma. Dessa forma, o magistrado dará início à fase executiva, que procede nos mesmos autos, e determinará a alteração da classe processual. A lei dispensa nova citação bastando a intimação pessoal do executado ou de seu advogado, se for o caso.

Como se nota, a tutela jurisdicional executiva é inerte e nela vigora plenamente o princípio da demanda, segundo o qual o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial (BRASIL, 1973, art. 2º). “Inexiste execução, nos Juizados Especiais, instaurada *ex officio*” (ASSIS, 2006, p. 52).

Nos casos de descumprimento da obrigação de entregar, de fazer, ou de não fazer, a lei autoriza ao juiz arbitrar, na sentença ou na fase de execução, multa diária<sup>4</sup>, sendo esta de acordo com as condições econômicas do devedor.

Ainda de acordo com a lei especial, se não for não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos. O juiz fará o arbitramento em que “a execução prosseguirá por quantia certa - incluída a multa vencida na obrigação de dar - quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado” (BRASIL, 1995, art. 52, V).

O valor dessa multa (astreinte), segundo Assis (2006, p.110), caracterizado pelo exagero do algarismo há de ser fixado de modo “a induzir o executado ao cumprimento em quantia capaz de constrangê-lo”.

<sup>4</sup> Enunciado 24 do FONAJE: “A multa cominatória, em caso de obrigação de fazer ou não fazer, deve ser estabelecida em valor fixo diário”. (BRASIL, 2013).

---

Conforme esclareceu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, decorrido o prazo de cumprimento, simultaneamente fixado pelo juiz, incide a multa que houver sido cominada. Isso deve constar do provimento do juiz ou da sentença (BRASIL, 1991).

Dependendo do valor estipulado para a multa e o número de dias em que o executado descumpra a ordem do juiz, poderá ocorrer, em tese, que o *quantum* totalizado atinja o correspondente a quarenta salários mínimos, ou talvez ultrapasse esse patamar.

Assim dispõe o Enunciado 25 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais:

A multa cominatória não fica limitada a 40 (quarenta) salários mínimos, embora deva ser razoavelmente fixada pelo juiz, obedecendo-se o valor da obrigação principal, mais perdas e danos, atendidas as condições econômicas do devedor. (BRASIL, 2013).

Porém, Figueira Junior assevera que, em qualquer situação, o valor da multa totalizada não poderá ultrapassar muito o limite estabelecido para a alçada dos Juizados Cíveis, sob pena de tornar-se inexecutável e, o que é pior, iníqua, pois “representará para o exequente um enriquecimento sem causa, à custa do executado” (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JUNIOR, 2007, p. 343).

Em se tratando de execução por quantia certa, não havendo o cumprimento voluntário da sentença condenatória, expedir-se-á mandado de penhora, e não de citação, para pagamento. Isso porque, conforme já foi analisado, o artigo 52, inciso III, da Lei 9.099/1995 “diz que o devedor é ‘instado’ a cumprir a sentença no prazo assinado, tão logo ocorra o trânsito em julgado” (ASSIS, 2006, p. 108).

O executado poderá, durante o prazo de cumprimento da sentença, cumprir a obrigação, permanecer inerte ou se opor à demanda executória.

Se o devedor cumprir totalmente a obrigação, dentro do prazo assinado, o processo será extinto e será dada a devida baixa. A sentença se fundará no artigo 794, I, Código de Processo Civil (BRASIL, 1973).

Se o devedor ficar inerte, a multa diária incidirá de plano e a execução prossegue com a tentativa de penhora de bens. Penhorados os bens - e não havendo oposição do devedor ou de terceiros - estes serão levados a leilão ou à praça e o valor adquirido com a arrematação será revertido em favor do credor para a satisfação da obrigação.

Mais adiante faremos uma análise da hipótese de oposição à medida executiva.

## **2.2 Do Processamento do Título Extrajudicial**

Ao conferir competência para se processarem, nos Juizados Especiais, execuções fundadas em títulos extrajudiciais, o artigo 3º, parágrafo primeiro, inciso I da Lei 9.099/1995 se reporta ao catálogo do artigo 585 do Código de Processo Civil. Esse

dispositivo representa a fonte legal dos títulos executivos. Como explica Dinamarco, “não há título sem lei anterior que o defina” (2000, p.460) e o “rol dos extrajudiciais consta daquela norma” (ASSIS, 2006, p. 35).

Título é o fundamento da aquisição do direito e, no contexto da ação executiva, representação documental típica do crédito. Essa espécie de título equipada à condenação, não tem antecedência, mas antecipa-se à sentença de cognição. E, examinando a relação jurídica abrigada nos documentos do artigo 585 do CPC, sempre se localizará um obrigado, a quem toca uma prestação de dar ou de fazer. Por conseguinte, o Juizado Especial assumiu, nesse aspecto, competência para executar créditos (ASSIS, 2006, p. 36).

Em princípio, nenhuma restrição há na lei especial, quanto à espécie de título extrajudicial ou à natureza da obrigação nele contemplada. No entanto, há ressalva explícita quanto ao valor do crédito. A competência se cingirá a quarenta salários mínimos (BRASIL, 1995, art. 3º, § 1º, II), e o que exceder a tal valor, reza o mesmo artigo que, em caso de opção do credor pelo procedimento dos Juizados Especiais, implicará “renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido, exceto ocorrendo conciliação”.

A lei é bastante clara, não deixando qualquer dúvida a respeito da necessidade de prévia comprovação da existência do título líquido, certo e exigível (condição específica da executividade), não se podendo falar em viabilidade jurídica de adequação do procedimento monitório, porquanto já possui um rito todo próprio e particularizado, inconciliável com o sumaríssimo.

Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, o juiz designará audiência de conciliação e ordenará a citação do executado para oferecer bens à penhora, em 24 horas, sob pena de constrição judicial de tantos bens quanto bastarem para garantir o crédito postulado pelo exequente. No mesmo ato, será o devedor intimado a oferecer embargos à execução em audiência, se desejar, na forma escrita ou oral, e produzir provas sob pena de preclusão.<sup>5</sup>

No caso de execução de título extrajudicial, também se aplica a multa cominatória prevista no artigo 52. Nesse caso, “o juiz ao despachar a inicial, estatuirá o prazo de cumprimento e o seu valor” (ASSIS, 2006, p. 109).

O devedor, devidamente citado, poderá adotar as mesmas opções já descritas na execução por título judicial: satisfazer a obrigação, ficar inerte ou se opor ao processo executivo (estudo feito adiante).

### **2.3 Embargos do devedor**

Neste tópico, faremos a análise dos Embargos do executado somente sob a ótica da Lei 9.099/1995. Mais adiante será feita a análise desse instituto frente às recentes alterações no processo executivo tradicional.

<sup>5</sup> Segundo o Enunciado 71 do FONAJE é cabível a designação de audiência de conciliação em execução de título judicial.

---

O artigo 52, inciso IX, da Lei 9.099/1995 estabelece limites à cognição do juiz, catalogando as causas de pedir admissíveis nos embargos. Logo, ao menos os embargos contra execução, fundada em título judicial, tem cognição sumária. Sumária “é a cognição limitada, encurtada a algumas questões” (ASSIS, 2006, p. 228).

Tais limites se erigem ao julgamento do juiz, não propriamente às alegações das partes. “Mostrar-se-ia inócua, com efeito, proibição desse teor e alcance porque é impossível, na prática, controlar as manifestações do executado. Eventual desrespeito aos lindes da cognição provocará a rejeição liminar dos embargos” (ASSIS, 2006, p. 228).

Em doutrina, o caráter sumário dos embargos nos juizados e contra execução fundada em título judicial é, segundo Assis (2006, p. 228), reconhecido “em virtude da presunção de legalidade que milita em favor desse título executivo”.

Os embargos nos Juizados Especiais são processados nos mesmos autos da execução. E só poderão ser opostos desde que seguro o juízo.

Conforme se assinalou, o artigo 52, IX, letras “a” até “d”, da Lei 9.099/1995 arrola os motivos de oposição do executado à execução garantida de título judicial:

Art. 52 (...)

[...]

IX – o devedor poderá oferecer embargos, nos autos da execução, versando sobre:

- a) falta ou nulidade da citação no processo, se ele correu à revelia;
- b) manifesto excesso de execução;
- c) erro de cálculo;
- d) causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença. (BRASIL, 1995).

No caso de execução fundada em título judicial, a Lei 9.099/1995 nada dispôs sobre o prazo para oferecimento dos Embargos à execução. No caso de execução de título extrajudicial, o artigo 53, parágrafo primeiro, contempla o oferecimento dos embargos em audiência de conciliação.<sup>6</sup>

A forma e o prazo para oferecimento dos embargos em sede de Juizados Especiais, serão analisados em tópico posterior.

---

<sup>6</sup> Enunciado 19 do FONAJE: “A audiência de conciliação, na execução de título executivo extrajudicial, é obrigatória e o executado, querendo embargar, deverá fazê-lo nesse momento”.

### 3 Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil junto aos Juizados Especiais Cíveis

Na aplicação da jurisdição, considerando essa obrigação estatal como um direito fundamental prestacional decorrente, objetivando a mais constitucional das leituras processuais, o jurista deverá revelar a vontade da norma processual. Considerando a indiferença de tratamento entre as justiças especializadas, no que tange à aplicabilidade de institutos processuais, temos que os Juizados Especiais merecem a implantação imediata de todo e qualquer mecanismo legal para oferecer ferramentas ao magistrado que pretenda dar efetividade aos princípios da celeridade, informalidade, oralidade e simplicidade.

O artigo 2º da Lei n.º 9.099/95 explicita estes princípios que convergem para a ampliação do acesso ao Poder Judiciário na busca da efetividade do processo, conciliação e composição das partes (BRASIL, 1995).

Na fase de cognição do processo, ainda sobrevivente, a Lei dos Juizados Especiais sequer faz referência expressa à aplicação supletiva do Código de Processo Civil ao texto especial. Tal fato não impede sua aplicação por analogia<sup>7</sup>, mas recomenda a superação dos limites com base nos princípios próprios do sistema em conjunto com aqueles que refletem a necessária efetividade da jurisdição na forma determinada pela Constituição Federal (HENRIQUES FILHO, 2007).

Figueira Júnior (2006, p.33) já se manifestou, ao falar sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil nos Juizados Especiais, Estaduais ou Federais, que “é juridicamente possível, nos Juizados Especiais, a aplicação subsidiária do CPC para fins de obtenção de tutelas acautelatórias e antecipatórias”.

Ainda na esfera da cognição dos juizados, o mesmo autor assevera que o CPC somente incidirá nas hipóteses de omissão legislativa dos microssistemas específicos e desde que se encontre em perfeita consonância com os princípios orientadores dos Juizados Especiais. Tal ocorrência não será de difícil verificação, posto que a Lei 9.009/1995 aborda direta ou indiretamente inúmeros institutos de natureza processual e procedimental, tornando-se, em regra, quase desnecessária a aplicação de normas codificadas. Em outras palavras, verificada alguma lacuna ou obscuridade nas leis dos Juizados Especiais, deve-se, em caráter excepcional, buscar primeiramente no “processo tradicional (CPC) a solução do problema por aplicação subsidiária da norma. Eventualmente, persistindo o vazio, deve-se, então, partir para a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. (FIGUEIRA JÚNIOR, 2006, p. 32-33).

Contudo, não se pode perder de vista o disposto no artigo 6º da lei 9.099/1995 que permite ao juiz adotar, em cada caso concreto, a decisão que reputar mais justa e equânime, não só na sentença de mérito, mas desde a propositura da

<sup>7</sup> Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

---

demanda até a satisfação definitiva da pretensão resistida, atendendo sempre “aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum” (FIGUEIRA, 2006, p. 33).

No que se refere à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil na esfera especial, o artigo 52 autoriza explicitamente, “no que couber”, sua utilização frente ao processo de execução dos juizados (BRASIL, 1995).

No caso de execução dos títulos extrajudiciais o próprio artigo 53 da Lei 9.099/1995 revela a obediência ao Código de Processo Civil.

#### **4 Principais alterações no Código de Processo Civil e suas interferências no Microssistema**

Segundo Grinover (2006, p.121), a Lei 11.232 de 2005 foi fruto decorrente de projeto de Athos Gusmão Carneiro, amplamente debatido no Instituto Brasileiro de Direito Processual e, depois, com a comunidade jurídica, o que trouxe profunda modificação em todo o direito processual brasileiro e em seus institutos. A principal característica da lei – denominada cumprimento de sentença – consiste, ainda de acordo com Grinover (2006, p.121), na “eliminação da figura do processo autônomo de execução fundado na sentença civil condenatória ao pagamento de quantia certa, generalizando o disposto nos artigos 461 e 461-A do CPC”.

Essa autora também afirma que a unidade processual é determinada pelas disposições segundo as quais a provocação do juízo para as medidas de cumprimento da sentença se fará mediante um requerimento do credor (BRASIL, 1973, arts. 461, §5º e 475 - J) e não mais pelo exercício de uma ação (ação executiva). “O obrigado não será citado, justamente porque não existe um novo processo, mas simplesmente intimado na pessoa de seu patrono (art.475-J, parágrafo 1º, CPC)”. (GRINOVER, 2006, p. 121).

No mesmo sentido, a doutrinadora explica que a nova lei denomina cumprimento da sentença, em sentido genérico, as atividades destinadas à efetivação do preceito contido em qualquer sentença na qual se reconheça a existência de uma obrigação a ser cumprida pelo vencido. Quando se trata de dar cumprimento a uma obrigação de fazer ou não fazer ou de entregar coisa certa, a efetivação se faz mediante o cumprimento da sentença em sentido estrito, e quando se trata de obrigação de pagar, se faz mediante a execução (execução por quantia certa contra devedor solvente) (BRASIL, 1973, art. 475 - J).

Assim, o cumprimento da sentença (*lato sensu*) é o gênero que tem como espécies o cumprimento da sentença *strictu sensu* (obrigações específicas) e a execução (obrigações de pagar). O conceito de execução não se estende ao cumprimento das obrigações específicas. Ele continua regido pelos artigos 461 e 461-A do CPC (BRASIL, 1973).

O resultado disso é que não haverá mais um processo de execução autônomo fundado em sentença proferida no processo civil (BRASIL, 1973, art. 475 - N, I). É que a doutrina denominou de processo sincrético.

Posteriormente, no mês de dezembro de 2006, é criada a Lei 11.382 que também trouxe alterações na medida executiva. As transformações buscaram agilizar o processo de execução, no sentido de satisfazer o direito do credor, atacando várias situações do processo que pudessem atrasar o efetivo resultado esperado em muitas situações claramente protelatórias.

A sistemática é uma sequência do rumo das alterações já introduzidas pela lei 11.232/05 que cuidou da execução de título executivo judicial - a que se deu o nome de cumprimento de sentença (BRASIL, 1973, art. 475-J a 475-R).

Neste tópico partiremos da premissa de que o Código de Processo Civil é aplicado suplementar e subsidiariamente à Lei 9.099/1995. Assim, faremos a análise da integração da nova sistemática executiva da execução tradicional com o sistema existente nos Juizados Especiais Cíveis estaduais.

Algumas modificações, trazidas no bojo do Código de Processo, na verdade já existiam no procedimento da execução nos Juizados Especiais. Entre elas está o fato de a execução de título judicial ser realizada nos mesmos autos do processo de cognição, não havendo, portanto ação executiva autônoma.

Por isso, a doutrina defende que o procedimento executivo trazido pela Lei 11.232/2005 é compatível, no que couber ao procedimento executivo dos Juizados Especiais, porque ambos têm natureza sincrética e, assim, podem interagir desde logo (ROCHA, 2007).

A expressão “no que couber”, segundo Chimenti (2002, p.262), “garante aos julgadores ampla discricionariedade quanto à aplicação ou não das regras do CPC no caso concreto, mantendo assim a ampla liberdade já prevista no artigo 5º da lei especial”.

Por outro lado, necessário se faz destacar que alguns dispositivos da Lei 11.232/05 não têm incidência na Lei 9.099/95. Como é sabido, nos Juizados Especiais, o juiz é proibido de proferir sentenças ilíquidas (BRASIL, 1995, art. 38, parágrafo único e 52, I, da Lei 9099/95) e os cálculos de conversão de índices, honorários, juros e outras parcelas são calculados pelo servidor judicial (BRASIL, 1955, art. 52, I). Dessa forma não há aplicação dos novos comandos relativos à liquidação de sentença (BRASIL, 1973, art. 475-A a 475-H) no sistema dos Juizados Especiais. Da mesma forma, a nova redação do art. 1102-C do CPC não interfere no modelo dos Juizados Especiais, pois neste o procedimento monitorio é inaplicável.

Para que possamos traçar os parâmetros da integração da execução da sentença proferida nos Juizados Especiais e a nova sistemática executiva do CPC, é preciso destacar que o art. 52 da Lei 9.099/95, que trata da execução judicial nos Juizados Especiais, abrange todos os tipos de obrigações (fazer, não fazer, dar e pagar). Assim, esse art. 52 interage tanto com o modelo executivo autônomo em vigor (art. 646 e seg. do CPC), como com o modelo de tutela específica (art. 461 e 461-A do CPC). Por isso, limitaremos nossa análise à sistemática executiva das obrigações de pagar quantia certa, já que as novas disposições trazidas pela Lei

---

11.232/05 praticamente não alteraram a sistemática da execução das obrigações de fazer, não fazer e dar no CPC.

#### **4.1 O cumprimento das obrigações de pagar nos Juizados Especiais**

Inicialmente é necessário comparar os dispositivos dos dois sistemas para depois analisar a sua compatibilidade e forma de aplicação.

O artigo 52 da Lei 9.099/1995 estipula:

Art. 52 (...)

[...]

IV – não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação;

[...]

V – (...) Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o juiz de imediato arbitrar, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado. (BRASIL, 1995)

Prevê o artigo 475-J do CPC introduzido pela Lei 11.232/2005:

Art. 475-J - caso o devedor, condenado no pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (BRASIL, 1973).

Percebe-se, pela leitura dos dispositivos, que eles são perfeitamente integráveis. Logo, a partir da Lei 11.232/2005, no sistema dos Juizados Especiais Cíveis, não cumprida voluntariamente a sentença que determinar o pagamento de quantia certa, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo a execução, dispensada nova citação.

De acordo com esse entendimento o Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) editou os enunciados 97 e 105. Vejamos:

Enunciado 97: O artigo 475-J do CPC – Lei 11232/2005 – aplica-se aos Juizados Especiais, ainda que o valor da multa somado ao da execução ultrapasse o valor de 40 salários mínimos.



Enunciado 105: Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa, não o efetue no prazo de quinze dias, contados do trânsito em julgado, independentemente de nova intimação, o montante da condenação será acrescido de multa percentual de 10% (dez por cento). (BRASIL, 2013).

Conclui-se que, juntamente com a multa moratória do artigo 52, inciso V, da Lei 9.099/1995, temos a multa moratória do artigo 475-J do CPC. As duas incidem nas execuções e podem ultrapassar o valor de alçada dos Juizados Especiais (LIMA, 2008).

É claro que o objetivo do legislador, ao instituir a multa para o caso de descumprimento, foi motivar o cumprimento imediato das decisões. Dessa forma, a aplicação de tal dispositivo em nada contraria as disposições da lei 9.099/1995, mas atende aos seus princípios, especialmente da economia processual e da celeridade, já que o próprio escopo é a entrega definitiva da prestação jurisdicional, com a solução efetiva do litígio, dando força e eficácia prática à sentença transitada em julgado, sem necessidade de outros atos processuais.

Trata-se de uma técnica mandamental, utilizada pelo juiz, que é feita por ato de coerção, ou seja, se o devedor não cumpre espontaneamente a obrigação ser-lhe-á aplicada uma multa. Dessa forma, tenta-se estimular o pagamento com a imposição de uma futura e eventual sanção estatal.

Em se aplicando a multa de 10% estabelecida no artigo 475-J nos Juizados Especiais Cíveis, a questão seguinte a ser analisada é quanto ao termo inicial da fluência do prazo de quinze dias para a incidência da multa.

A identificação do termo inicial para a contagem da multa (no âmbito dos Juizados Especiais ou não) é matéria que vem encerrando muita controvérsia, diante da lacuna da norma a este respeito. E já podem ser identificados os seguintes posicionamentos: a) daqueles que entendem que a contagem do prazo tem início com a intimação do devedor, subdividindo-se, ainda, na necessidade da intimação ser pessoal ou bastar a intimação através de advogado; b) daqueles que entendem que passa a contar do trânsito em julgado, sendo desnecessária nova intimação (BAUERMAN, 2007).

É certo que, no âmbito dos Juizados Especiais, a solução a ser dada deve atender aos seus princípios e não desvirtuar o seu sistema. A Lei 9.099/95, em seu artigo 53, III, estabelece que, quando da intimação da sentença, “o vencido será instado a cumprir a sentença tão logo ocorra o seu trânsito em julgado”. (BRASIL, 1995).

Portanto, diante da sistemática da Lei 9.099/95, outra não pode ser a conclusão senão a de que a fluência do prazo ou contagem do prazo deve ter início com o trânsito em julgado da sentença ou acórdão, já que o objetivo da Lei 9099/95 é que se cumpra a decisão tão logo transite em julgado e o objetivo da incidência da multa é justamente incentivar o seu cumprimento imediato (BAUERMAN, 2007).

---

Tal posicionamento vai de encontro ao entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça adotado no julgamento do Resp: 954.859 - RS, que decidiu que o termo inicial da fluência dos 15 dias é o trânsito em julgado da sentença.

LEI 11.232/2005. ARTIGO 475-J, CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE.

1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consoma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor.
2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la.
3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%. (BRASIL, 2007).

Como já observado, para o início dos atos de expropriação (penhora, etc.), é dispensada nova citação. Assim, exigir-se a intimação pessoal da parte ré para a incidência da multa, é retroceder naquilo que a reforma do CPC e já a Lei 9.099/95 buscaram avançar, quando dispensaram nova citação.

#### **4.2 Da forma de oposição do executado nos Juizados Especiais**

A Lei 11.232/2005 também modificou o CPC quanto à forma de defesa do executado na execução de título judicial que determina o pagamento em dinheiro. Ou seja, não há mais espaço para embargos à execução (salvo na hipótese de execução contra a Fazenda Pública que é regida pelo artigo 730 do CPC). Estabelece-se que o executado poderá oferecer impugnação, no prazo de 15 dias.

O artigo 52, IX, da Lei 9.099/95 estabelece que a oposição do devedor deve ser feita por meio de embargos, nos autos da execução, sem, no entanto, fixar prazo para sua interposição.

Então, a problemática a ser resolvida é saber se nos Juizados Especiais Cíveis aplica-se a denominada impugnação ou se são aplicados os embargos.

Há controvérsias, porém a doutrina dominante se posiciona defendendo que a defesa do executado nos Juizados Especiais Cíveis é por meio dos **embargos à execução** (grifo nosso).

Vejam os posicionamentos de Assis (2006, p. 225):

Manteve o art.52, IX, da lei 9.099/1995 o tradicional meio de oposição do executado à pretensão executiva: os embargos. Idêntica possibilidade existe, ademais, na execução fundada em título extrajudicial, segundo

se constata no art. 53, parágrafo primeiro, da Lei 9.099/1995. Logo, a defesa do executado não se realiza através da “impugnação” prevista no art.475-L do CPC, no caso inaplicável subsidiariamente.

Seguindo o mesmo pensamento, diz Figueira Júnior (2006, p. 335): “Desde que seguro o juízo, o devedor poderá oferecer **embargos**, que versarão, tão somente, sobre as matérias enumeradas nas quatro alíneas do inciso IX do art. 52, da Lei 9.099/1995 (...)” (grifo nosso).

Estabelece também o Enunciado 104 do FONAJE: “Na execução por título judicial, o prazo para oferecimento de embargos será de quinze dias e fluirá da intimação da penhora, sendo o recurso cabível o inominado”.

Linhares ainda pontua que não há como “metamorfosear os embargos à execução em impugnação” (LIMA, 2008).

Resta agora a dúvida sobre o prazo para o oferecimento dos embargos, quando se trata de execução de título judicial, tendo em vista que a Lei 9.099/1995 é omissa nesse ponto. Conforme já foi analisado, o CPC é aplicável subsidiariamente à lei especial dos Juizados Especiais. Nesse caso, o prazo estipulado no artigo 738, a partir da edição da Lei 11.382/2006, é de quinze dias.<sup>8</sup>

No CPC, o prazo de quinze dias é contado a partir da data da juntada dos autos do mandado de citação. Porém, como já foi estudado anteriormente, é dispensada a citação no caso de execução de título executivo judicial. Então, aplica-se o disposto no enunciado 104 do FONAJE, ou seja, o prazo para o oferecimento dos embargos fluirá da intimação da penhora (BRASIL, 2013).

Em relação ao processamento dos embargos na execução de título extrajudicial, o artigo 53 da Lei 9.099/1995 é claro e estipula que eles deverão ser apresentados na audiência de conciliação.

## CONCLUSÃO

A Lei 9.099/1995 - que regula o processamento das causas de menor complexidade que não ultrapasse o valor de 40 salários mínimos - introduziu no mundo jurídico um microsistema judicial completo sendo regido pelo procedimento sumaríssimo. Trata-se de um rito extremamente sumário, cujas características são a rapidez, a simplicidade, a informalidade, a concentração dos atos e a economia processual.

É, sem dúvida, um procedimento mais flexível que o tradicional, mas isso não quer dizer que afasta os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

<sup>8</sup> Art. 738 do CPC: “Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação”. (BRASIL, 1973).

---

Não é admitida a substituição ou introdução de fases ou ritos estabelecidos no Código de Processo Civil ou em normas extravagantes em dissonância com a Lei dos Juizados Especiais.

Porém, é possível a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei 9.099/1995, quando esta for omissa sobre o assunto e quando a norma a ser aplicada não contrariar os critérios orientadores dos Juizados Especiais (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade), buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação).

Na fase de cognição, a Lei 9.099/1995 nada dispôs sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, porém na fase executiva há previsão expressa sobre essa possibilidade (BRASIL, 1995, arts. 52 e 53).

Diante dessa possibilidade, surgiu a questão de se aplicar ou não as principais inovações trazidas pela reforma do processo de execução tradicional (Lei 11.232/2005 e 11.382/2006).

Verificamos que é juridicamente viável a aplicação de algumas alterações e, em especial, a incidência da multa de 10% prevista no artigo 475-J do CPC, nos casos de descumprimento das obrigações de pagar quantia certa. E, ainda, essa multa poderá ultrapassar o teto dos Juizados Especiais estabelecido pela Lei 9.099/1995.

No caso dos Juizados Especiais Cíveis estaduais, a fluência do prazo ou contagem do prazo de 15 dias deve ter início com o trânsito em julgado da sentença ou acórdão, já que o objetivo da Lei 9.099/95 é que se cumpra a decisão tão logo transite em julgado e o objetivo da incidência da multa é justamente incentivar o seu cumprimento imediato.

Em relação à oposição do devedor em sede de Juizados Especiais no que se refere à título judicial, conclui-se que será feita na forma de embargos à execução e não na forma de impugnação.

Ocorre que a Lei 9.099/1995 não estipulou o prazo para o oferecimento dos embargos. Assim, outra saída não resta a não ser a de aplicar o Código Civil subsidiariamente. Aplica-se, então, o disposto no artigo 738 do CPC: “Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação” (BRASIL, 1973).

Diz o artigo que o prazo fluirá a contar da juntada, aos autos, do mandado de citação, porém, é dispensada a citação no caso de execução de título executivo judicial nos Juizados Especiais. Então, aplica-se o disposto no Enunciado 104 do FONAJE, ou seja, o prazo para o oferecimento dos embargos fluirá da intimação da penhora.

Assim, apesar de os Juizados Especiais serem um microsistema judicial completo, é possível que o procedimento tradicional interfira em seu “modo de ser”. O aplicador do direito, porém, deverá analisar se as regras comuns atendem à efetiva prestação jurisdicional de forma econômica e célere e, ainda, se não há contrariedade entre elas e os princípios norteadores previstos na Lei especial.

## REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum universitário de Direito**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

ASSIS, Araken. **Execução Civil nos Juizados Especiais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BAUERMANN, Sandra. **Breves reflexões sobre a aplicação subsidiária do artigo 475-J nos CPC nos Juizados Especiais Cíveis**. Disponível em: <[http://www.emap1.com.br/formacao\\_continuada/paper/cascavel/SandraBauermann.pdf](http://www.emap1.com.br/formacao_continuada/paper/cascavel/SandraBauermann.pdf)>. Acesso em: 20. out. 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Juizados Especiais. Enunciados e Recomendações do PJERJ. 09 set. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30422/juizados-especiais.pdf>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 6644 / MG 1990/0012910-9. Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Brasília, Distrito Federal, 3 de março de 1991. **Lex**: revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 19, p. 550, mar. 1991. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/594670/recurso-especial-resp-6644-mg-1990-0012910-9>>. Acesso em: set. 2014

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 954.859 / RS 2007/0119225-2. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, Distrito Federal, 16 de agosto de 2007. **Lex**: revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 394, p. 378, ago. 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8908366/recurso-especial-resp-954859-rs-2007-0119225-2>>. Acesso em: set. 2014

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

---

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Cumprimento da sentença. In: RENAULT, Sérgio, BOTTINI, Pierpaolo (Coords.). **A nova execução de títulos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **A aplicabilidade do caput do artigo 475 J do Código de Processo Civil em sede dos Juizados Especiais Cíveis**. Disponível em <<http://www.tj.pr.gov.br/download/cedoc/Aplicabilidadedocaputdoartigo475noJEC.doc>>. Acesso em: 05. dez. 2007.

LIMA, Erick Cavalcanti Linhares. A execução nos juizados especiais e as alterações do Código de Processo Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1667, 24 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9040>>. Acesso em: set. 2014.

ROCHA, Felipe Borring. Nova sistemática executiva do CPC e os juizados especiais cíveis. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1199, 13 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9026>>. Acesso em: 20. out. 2007.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa, FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

# LESÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA ISONOMIA NA ESFERA DA INSTÂNCIA SUPERIOR NO QUE CONCERNE À MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA

## Injury to the Adversary and Isonomy Principles in the sphere of higher instance regarding the manifestation of the Prosecutor's Office

Tarcísio Marques<sup>1</sup>  
Edson Alexandre da Silva<sup>2</sup>

### Resumo

É objetivo do presente artigo discorrer acerca da lesão ao princípio do devido processo legal, no que tange às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, na manifestação do Procurador de Justiça em segunda instância, que, quando de sua manifestação, não raras vezes, acrescenta, enxerta e até mesmo insere novas citações de doutrina e jurisprudência às razões e contrarrazões do Parquet de primeira instância, não possibilitando à defesa qualquer oportunidade de manifestar-se sobre a inovação ou acréscimo aposto no acusatório em detrimento do réu.

**Palavras-chave:** Contraditório. Ampla defesa. Isonomia. Manifestação do Ministério Público na 2ª Instância.

### Abstract

*The aim of this article is to discuss the injury to the principle of due process of law, with respect to the constitutional guarantees of the adversarial, legal defense and isonomy, in the manifestation of the Prosecutor on second instance, since his/her manifestation often adds, grafts and even inserts new citations of doctrine and jurisprudence to the arguments and counter-arguments of first instance Parquet, not allowing the defense any opportunity to opine on innovation or amendment added to the accusatorial to the detriment of the defendant.*

**Keywords:** Adversarial. Legal defense. Isonomy. Public Ministry's manifestation on second instance.

## INTRODUÇÃO

Insta-nos como introito, embora de todos os estudiosos do Direito já por demais sabido, trazer à baila alguns dos princípios basilares do regime democrático que se consubstanciam, entre outros, no *princípio da igualdade das partes, da ampla*

---

<sup>1</sup> Membro do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e Sociais - IBRAJS. Juiz de Direito titular da 2ª Vara da Comarca de Andradas. Juiz Eleitoral da 13ª Zona. Pós-graduado em Direito Processual Penal.

<sup>2</sup> Membro do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e Sociais - IBRAJS. Assessor de Juiz de Direito. Pós-graduado em Direito Público e em Direito Processual.

---

*defesa*, e em principal, como constou do título – *o princípio do contraditório e da isonomia*, quer seja, igualdade das partes em todos os atos e fases processuais.

O princípio do contraditório, conforme sabido, figura como um dos mais importantes no processo acusatório garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado, conforme expresso inclusive na Carta Maior (BRASIL, 1988, art. 5º, LV). Segundo tal princípio, o acusado goza do direito de defesa sem restrições, repita-se – sem restrições – em todo processo. Destarte, deve estar assegurada a igualdade das partes.

Como já apregoava Almeida, abordando o princípio do contraditório no processo penal:

A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito. (ALMEIDA, 1973, p. 86-87).

Corolário do princípio da igualdade, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições e também de oportunidades. Em outras palavras, se determinada parte se manifestou, seguidamente a parte contrária ou *ex-adversa* deverá ter a possibilidade de também manifestar-se nos autos. Assim, a ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório, a fim de que se concedam às partes ocasião e possibilidade de intervenção no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, e tendo o direito de rebater o que foi dito em seu desfavor.

Feitas essas considerações preliminares e adentrando no tema propriamente dito (*lesão aos princípios do contraditório e da isonomia*), insta-nos desde já mencionar, que nos processos criminais, após a prolação da sentença em 1ª Instância, havendo, por óbvio recurso, após as razões e contrarrazões das respectivas partes envolvidas (BRASIL, 1941, art. 601), nos termos do artigo 602, Código de Processo Penal, os autos após ascender a instância superior, são remetidos à Procuradoria da Justiça para a sua devida (ou indevida?, como se verá) manifestação (BRASIL, 1941, art. 610).

Nos dizeres do artigo 610, parte final do CPP, após essa etapa é que os autos são remetidos ao relator, para designação, pela respectiva câmara, do dia para julgamento.



O Procurador de Justiça, quando de sua manifestação não raras vezes, acrescenta, enxerta, até mesmo insere novas citações de doutrina e jurisprudência às razões/contrarrazões do *Parquet* de 1ª Instância? Há casos que conhecemos, que até mesmo inova as teses expostas em instância primeira, muitas vezes até partindo para a exacerbação. Em princípio, poderiam pensar alguns que tal manifestação do Procurador de Justiça seria até aceitável, afinal é o órgão acusador que está com a palavra.

Entretanto, não nos parece correto, aqui usando um eufemismo, pois na verdade nos afigura como inexoravelmente injusto e ilegal, que não seja possibilitada à defesa qualquer oportunidade para manifestar-se sobre a inovação ou o acréscimo aposto no corpo acusatório, em detrimento do réu.

Que desde já não se argua que poderia perfeitamente o réu, através de seu procurador constituído, se desejasse, proceder à sustentação oral, onde poderia rebater o que passamos, doravante, a denominar de “*acréscimos acusatórios*”, apostos pela Procuradoria de Justiça. Sabe-se que a maioria dos réus não dispõe de recursos financeiros para contratar um advogado para desenvolver sua defesa, sendo, via de regra, designado advogado dativo para tal mister. Não é também desconhecido de ninguém a carência de Defensores nos Estados da Federação para proceder à defesa, e muito menos realizar a manifestação ou sustentação oral na instância *ad quem*. Assim, somente os réus e acusados que tenham como parceiro o níquel e a prata é que terão condições de contratar um profissional para o rebatimento do que fora acrescido em seu desfavor pelo Procurador de Justiça que atua em grau de recurso no feito.

Desejamos consignar que uma única vez, durante nossa atuação junto ao Poder Judiciário, pudemos verificar que um único Procurador de Justiça quando de sua manifestação, assim se pronunciou:

(...) Inicialmente, peço venia ao nobre Relator para tecer alguns comentários a respeito de nossa visão acerca da intervenção da Procuradoria de Justiça nos recursos de apelação e nos recursos em sentido estrito. A nosso aviso, a manifestação do Procurador de Justiça em segunda instância, se contrária ao réu, fere os princípios constitucionais do contraditório e da igualdade entre as partes. (CRUZ, 1997).

## 1 O *Parquet* e o seu *munus* no feito criminal

Fato é que o crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições da harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária. Mas cabe ao Estado – que é um meio e não um fim – a consecução do bem comum, que não conseguiria alcançar se não estivesse investido do *jus puniendi*, do direito de punir o crime, que é o fato mais grave que o empeça na consecução daquela finalidade. Consequentemente, deve o Estado, além do *jus puniendi*, dispor de outro direito que vai realizar aquele: é o *jus*

---

*persequendi* ou *jus persecutionis* (direito de ação), que, por assim dizer, realiza o *jus puniendi*.

Assim, o processo como procedimento, é, pois, o conjunto de atos legalmente ordenados para apuração do fato, da autoria e exata aplicação da lei. O fim é este; a descoberta da verdade, o meio (NORONHA, 1990).

O Ministério Público é o órgão estatal da pretensão punitiva. Como a aplicação do direito de punir depende de julgamento prévio, existe esse órgão para deduzir a pretensão punitiva em juízo, através da acusação, e também para orientar e ter proeminência em toda a persecução penal (MARSICO, 1915, p.150).

No processo penal é parte, como senhor que é da ação: propõe-na, enumera e fornece as provas, luta e porfia para o triunfo final da pretensão punitiva, que será proclamado pelo juiz contra o acusado. Participa, pois, do juízo – *acutum trium personarum* – onde existem autor, réu e o juiz (NORONHA, 1990).

Sobre a instituição Ministério Público é sempre oportuno recordar o ensinamento de Marques:

O Ministério Público, por sua vez, integra a relação processual armado de direitos subjetivos correlacionados com a função que lhe seja dado exercer no desenrolar do procedimento. Quer como autor, quer como fiscal da lei, esse órgão estatal se encontra em face da norma processual, ora na posição ativa de quem exige o cumprimento de imperativos jurídicos em prol dos interesses que encarna, ora na de sujeição passiva a outros imperativos da mesma natureza. Também o Ministério Público, por isso mesmo, é titular de direitos subjetivos processuais, que se configuram segundo a função que lhe é conferida na relação processual. (MARQUES, 1965a, p. 289).

Não desconhecemos as prerrogativas do *Parquet*, todavia, contemporaneamente, considerando que na República Federativa do Brasil vige o Estado Democrático de Direito<sup>3</sup> (BRASIL, 1988, art. 1º), ao nosso aviso, sua manifestação na segunda instância do Poder Judiciário, sem que seja de igual modo possibilitada à Defesa, enseja pelo menos uma discussão.

A propósito da Carta Magna de 1988, a Constituição Cidadã incorporou o princípio do devido processo legal, que remonta à Magna *Charta Libertatum* de 1215, de fundamental importância no direito anglo-saxão.

Desde a Revolução de 1789, o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais. Não é ocioso recordar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 16) condicionou à proteção dos direitos individuais a própria existência da Constituição (FERREIRA FILHO, 1986).

---

<sup>3</sup> Anote-se que o Estado Democrático de Direito, conformado pela Constituição de 1988, é um Estado de Justiça Social. Com efeito, constituem seus fundamentos a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XI, nº 1, garante:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (DECLARAÇÃO, 1948).

Ora, dos mais importantes no processo acusatório é o princípio do contraditório (ou da bilateralidade da audiência). Trata-se de garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (BRASIL, 1988, art. 5º, LV).

Mirabete, sobre a questão, assinala que:

O acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes. (...). Corolário do princípio da igualdade perante a lei, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições (*audiatur et altera pars*). A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se conceda às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões, etc. (MIRABETE, 1994).

## 2 O Contraditório e a manifestação do Ministério Público na 2ª instância

O contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor (MORAES, 2007).

Hoje, na apelação comum, subindo os autos ao juízo *ad quem*, irão eles com vista ao Ministério Público de segunda instância, pelo prazo de dez dias, e em seguida – é claro – aos atos preliminares do recebimento do processo no tribunal, respectivo registro e outros mais (MARQUES, 1965b).

Nos recursos em sentido estrito, com exceção do de *habeas corpus*, e nas apelações interpostas das sentenças em processo de contravenção ou de crime a que a lei comine pena de detenção, os autos irão imediatamente com vista ao procurador-geral, pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, passarão, por igual prazo, ao relator, que pedirá designação de dia para o julgamento (BRASIL, 1941, art. 610).

Se o requerimento não foi indeferido *in limine*, abrir-se-á vista dos autos ao procurador-geral, que dará parecer no prazo de dez dias. Em seguida, examinados os autos, sucessivamente, em igual prazo, pelo relator e revisor, julgar-se-á o pedido na sessão que o presidente designar (BRASIL, 1941, art. 625 §5º).

---

Assim, é que Marques ensinava:

(...) Segundo nos parece, o texto mencionado só se afina com os princípios de nosso processo penal se for entendido em termos restritos. O procurador geral deve ter vista dos autos, não para neles officiar, e sim para tomar conhecimento da causa e acompanhar seus trâmites no juízo ad quem. (MARQUES, 1965b).

Com efeito, a vista é aberta à Procuradoria-Geral de Justiça para que o Procurador verifique a pertinência de se fazer sustentação oral da acusação, colocar-se a par das questões debatidas no recurso e, se requerer intervenção nos debates orais do processo para responder à defesa, encontrar-se apto a propugnar pela condenação do acusado.

### 3 Jurisprudências

A Corte Constitucional Brasileira, STF já teve a oportunidade de tratar da *quaestio* que não é singela:

I – O recorrente foi condenado a 3 meses de detenção, com convolação em multa, por difamação (Lei 5.250/67, art. 21, caput). O Ministério Público, que falou por último lugar, opinou pela condenação. Como o querelado não pode manifestar-se depois, argüiu a nulidade do processo a partir daí, pois violado teria ficado o devido processo legal na modalidade da ampla defesa. II – O art. 45, IV, da Lei de Imprensa abre prazo para que o autor e réu falem seguidamente. No art. 40, parágrafo 2º, II, determina seja ouvido o Ministério Público. Como o *Parquet* se manifestou, ainda que como custos *legis*, contra o querelado, cabia ao juiz, sob pena de violação ‘material’ do devido processo legal, ter dado oportunidade ao ora recorrente para que ele rebatesse as argumentações ministeriais. Invocação do disposto no parágrafo 2º. do art. 500 do CPP. III – Recurso provido. (BRASIL, 1996).

### 4 Doutrina no Direito comparado

No direito alienígena em Portugal o tema foi objeto de questionamento no Tribunal Constitucional.

Gonçalves comentando o artigo 416 do novo Código de Processo Penal de Portugal de 1988, correspondente ao artigo 664 do CPP de 1929, leciona que:

Cumprirá ao MP no tribunal superior apor o seu visto ou emitir o seu parecer, o qual não está vinculado pela motivação ou pela resposta do Minis-

tério Público emite o seu parecer, podendo suscitar quaisquer que se lhe oferecem como cabidas para a decisão e devendo, logicamente, seguir a ordenação estabelecida nas alíneas do no. 2 do art. 417; em casos que se afigurem de extrema simplicidade aporá o visto no processo.

A norma do art. 664 do CPP de 1929, reproduzida pelo art. 416 do CPP de 1987, quando interpretada no sentido de conceder ao Ministério Público, para além já de qualquer resposta ou contrapartida da defesa, a faculdade de trazer aos autos uma nova e eventualmente mais aprofundada argumentação contra o recorrido, é lesiva dos princípios consagrados no art. 32, ns. 1 e 5 da CRP. (GONÇALVES, 1991).

Rodrigues outro lusitano, asseverou que:

Relativamente à tramitação do recurso, o Código mantém a vista inicial ao Ministério Público emitir parecer no tribunal superior foi objecto de recente apreciação pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade. Por acórdão de 6 de maio p.p. (1987), o Tribunal considerou inconstitucional o art. 664 do Código de Processo Penal (de 1929), que continha a mesma redação do atual art. 416). Se bem compreendemos, na decisão deste Alto Tribunal, aliás excelentemente fundamentada, a linha – força da argumentação reside mais na violação do contraditório que do princípio de igualdade de armas. Qualquer que seja o rigor da decisão, ela parece ter ido além da intenção do Tribunal. Não se afigura passível de censura constitucional o Ministério Público ter vista do processo. É uma via processual legítima de transmissão dos autos. A outra (notificação e confiança do processo) é estranha à posição do Ministério Público como órgão de justiça. (RODRIGUES, 1988).

## CONCLUSÃO

A filosofia do direito pretende pensar com o rigor do pensamento científico. Pretende ser considerada uma “*ciência do direito*”. Para tanto, elude uma tarefa hermenêutica sumamente interessante: interpretar as construções fantásticas do Direito Penal. Porém, ao mesmo tempo, também elude uma incumbência ética: a reflexão sobre as consequências destas construções para o ser humano que as sofre (MESSUTI, 2003).

Jesus anota que:

é inegável, diz o Ministro JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, que o Promotor de Justiça detém parcela da autoridade emanada do Estado, razão pela qual os seus atos serão passíveis de controle e de correção judiciais quando afetados pelos vícios da ilegalidade ou do abuso de poder. (JESUS, 1993).

---

## O princípio do contraditório, segundo Millar

é inseparável da administração de uma justiça bem organizada e encontra sua expressão na parêmia romana do *audiatur et altera pars*, pois o juiz deve ouvir ambas as partes para poder decidir e julgar. (MILLAR, 1945, p. 47).

Assim, temos como reluzente que “*as partes devem ser postas em condições de se contrariarem*”. Isso é o mínimo que o ordenamento jurídico pátrio deve prever sob pena de ferir o princípio do contraditório, e, com a ausência deste, não há o devido processo legal.

Finalmente, não raras vezes, como já salientado alhures, o Procurador de Justiça em sua manifestação na segunda instância, trazendo novos arestos jurisprudenciais, entendimentos doutrinários e mesmo novos argumentos, induz a Câmara Criminal ao aumento da pena, bem como ainda a negar provimento à apelação manejada pelo réu.

Com a *permissa venia*, em respeito aos princípios ora debatidos, entendemos que deva ser pensado, em uma etapa, uma fase a ser deferida à defesa, propiciando, quiçá, ao menos que se proceda a intimação da parte *ex adversa*, para fazer a contra oposição ao que foi em nosso entender indevidamente acrescido, alongado, ou seja, o que denominamos de “*acrêscimos acusatórios*”; e, em caso de tratar-se de réu pobre, portanto sem recursos financeiros, como via de regra, possibilitar em respeito ao princípio do contraditório, da igualdade, etc., que a Defensoria Pública se manifeste a respeito.

É o mínimo o que se poderia esperar de um Estado Democrático de Direito, em que haja Justiça e vigore princípios basilares da Constituição tal qual o *contraditório* e a *isonomia*.

*Ne Sutor ultra crepidam* (CALDAS, 1984).<sup>4</sup>

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA J, Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: ago. 2014.

---

<sup>4</sup> Não vá o sapateiro além das chinelas.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RHC 4457. Relator: Ministro Adhemar Maciel, 6ª. Turma, julgado em 13 nov.1995. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 22.810, 24 jun.1996.

CALDAS, Gilberto. **Novo dicionário de latim forense**. São Paulo: LEUD, 1984.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 13. ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

CRUZ, Roberto Schietti Machado. **Atuação do Ministério Público no processamento dos recursos criminais face aos princípios do Contraditório e da Isonomia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 737.

DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: ago. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1986.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de processo penal anotado**. Coimbra: Almedina, 1991.

JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965a. v. 2.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Volume IV, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965b. v. 4.

MARSICO, Alfredo de. **La Rappresentanza nel diritto processuale penale**. Milão: Società editrice libraria, 1915.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativo del procedimiento civil**. Buenos Aires: Ediar S.A., 1945.

---

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

PLATÃO. **Diálogos, Protágoras o de los sofistas**. México: Porrúa, 1996.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha. Recursos. In: Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1988.



# A INQUISITORIEDADE NO PROCESSO: (IN)ADEQUAÇÃO DO SISTEMA INQUISITÓRIO AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO<sup>1</sup>

## The inquisitorial aspect in the process: (in)adequacy of the inquisitorial system to the Democratic State of Law paradigm

Ulisses Moura Dalle<sup>2</sup>

### Resumo

O legislador constituinte originário fez a opção, no artigo 129, inciso I, da Constituição da República de 1988, pelo princípio dispositivo como princípio reitor do sistema processual penal. Concomitantemente, traçou no bojo da própria Constituição um modelo geral de processo, consubstanciado nos princípios do contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial, fundamentação das decisões e, no caso específico do processo penal, presunção de inocência e garantia das liberdades individuais (BARROS, 2009). Daí decorre, logicamente, que a efetivação do princípio dispositivo pressupõe a observância dos princípios constitutivos do modelo constitucional de processo. Entretanto, o princípio reitor do Código de Processo Penal é o inquisitivo. Com efeito, o artigo 156 daquele *codex*, ao atribuir a iniciativa probatória também ao juiz, comprometeu irremediavelmente a imparcialidade do magistrado. Da parcialidade chega-se, por conseguinte, a uma fundamentação impermeável à argumentação produzida em contraditório pelas partes. Neste contexto, o juiz, agindo engendrado por um quadro mental paranoico, primeiro julgará, para só então sair à cata das provas necessárias à fundamentação de sua decisão (CORDERO apud COUTINHO, 2001). A presunção de inocência é, assim, substituída pela presunção de culpa, catalisadora da atuação inquisitória do juiz. Diante de tal situação, este artigo conclui pela necessidade de uma ampla reforma processual penal, para adequar o princípio reitor do sistema processual penal pátrio aos preceitos constitucionais supramencionados.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Modelo Constitucional de Processo. Sistema Acusatório e Sistema Inquisitório. Estado Democrático de Direito.

### Abstract

*Brazilian constitutional law adopts, in art. 129, I, of the Constitutional of 1988, the adversarial principle as the guiding principle of the procedural system. Concomitantly, is outlined in the midst of the Constitution a general model for the process, embodied in the controversial, broad argumentation, impartial judge and reasons for decision principles and, in the specific case of criminal proceeding, the presumption of innocence and guarantee of individual freedoms (BARROS, 2009). It follows logically that the realization of the adversarial principle requires*

<sup>1</sup> O presente trabalho, inicialmente apresentado como pré-requisito à obtenção do certificado de monitor da disciplina Direito Processual Penal I, sob orientação da Prof. Dra. Flaviane de Magalhães Barros, constitui um aprofundamento das pesquisas realizadas no 5º Ciclo de Estudos do Grupo de Estudos em Constituição e Processo Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG. Belo Horizonte, MG, Brasil. [ulissessedalle@yahoo.com.br](mailto:ulissessedalle@yahoo.com.br).

---

*the observance of the underlying principles of the constitutional process model. However, the Code of Criminal Procedure has the inquisitive principle as the guiding principle of the system. Indeed, article 156 of that codex gives power to the judge manage the evidence, pledging irrevocably his impartiality. Thereafter, the reasons for decision will be impervious to the controversial arguments produced by the parties. In this context, the judge, acting engendered by a paranoid mindset, will decide only to then search the reasons for his decision (CORDERO apud COUTINHO, 2001). The presumption of innocence is thus replaced by the presumption of guilty, justifying the inquisitorial activity of the judge. Faced with this situation, this article concludes that is necessary a comprehensive reform of the criminal procedure law, in order to adjust the guiding principle of the system to the constitutional principles mentioned above.*

**Keywords:** *Criminal Process Law. Constitucional Process Model. Adversarial System and Inquisitorial System. Democratic State of Law.*

## INTRODUÇÃO

O legislador constituinte originário, no art. 129, inciso I, da Constituição da República de 1988, atribui privativamente ao Ministério Público o dever de promover a ação penal pública (BRASIL, 1988). Assim procedendo, esboçou um sistema processual penal do tipo acusatório, passível de efetivação somente mediante a observância do *modelo constitucional de processo*, consubstanciado nos princípios do contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial, fundamentação das decisões e, no caso específico do processo penal, presunção de inocência e garantia das liberdades individuais do cidadão em caso de prisão (BARROS, 2009).

Em posição diametralmente oposta ao estabelecido na Constituição, encontra-se o Código de Processo Penal Brasileiro, de matriz inquisitória, redigido em pleno Estado Novo e profundamente inspirado no fascista *Codice Rocco*, de 1930 (BARROS, 2009). À época da decretação do diploma processual penal (outubro de 1941), o então Ministro da Justiça, Francisco Campos, sequer procurou obnubilar o seu viés essencialmente inquisitório, chegando a afirmar que a sistematização das regras processuais penais em um código único visava o “ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem” (BRASIL, 2011).

Transparece do excerto da Exposição de Motivos, transcrito acima, que a finalidade do Código de Processo Penal é dar agilidade e eficiência à atividade repressiva do Estado, ainda que o juiz tenha que “ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade” (BRASIL, 2011). Optou-se, assim, por um juiz onipotente em matéria probatória, em detrimento da almejável democracia processual, alcançável mediante a construção dialética do provimento.

Atualmente coexistem, portanto, (I) uma Constituição instituidora do paradigma<sup>3</sup> do Estado Democrático de Direito, que trata o processo como *garantia constitutiva dos direitos fundamentais* e traz em seu bojo um *modelo constitucional de processo* irradiador de efeitos para todos os demais microsistemas processuais (BARROS, 2009); e (II) um Código de Processo Penal arcaico e irremediavelmente incompatível com o *esquema geral de processo* traçado na Constituição.

Assim, tendo sempre a Constituição como norte hermenêutico, faz-se mister delimitar com precisão científica os contornos assumidos pelo sistema acusatório em um Estado Democrático de Direito, a fim de se dar a correta interpretação aos dispositivos legais estampados na mal ajambrada cópia do *Codice Rocco*, bem como para orientar eventuais reformas legislativas. É o que se pretende com o presente trabalho.

## 1 Sistema: Conceito e imprescindibilidade

A multiplicidade de referenciais semânticos que a palavra *sistema* possui levou Bobbio a afirmar que “o termo sistema é um daqueles termos com muitos significados, que cada um usa segundo as próprias conveniências” (2007, p. 224). Sem embargo da observação de Bobbio (2007), Coutinho (2001) tem uma noção de sistema que, apesar de sucinta, é completa e elucidativa, merecendo ser aqui reproduzida, já que é a partir dela que a presente pesquisa estruturar-se-á. Ele compreende o sistema “como um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador<sup>4</sup>, formam um todo orgânico que se destina a um fim” (COUTINHO, 2001, p.16).

Não obstante a imprecisão conceitual, o emprego do termo *sistema* nas ciências jurídicas vem sendo duramente criticado, desde meados dos anos 50 do século XX, em decorrência do ocaso do positivismo, que limitou o Direito à condição de sistema axiomático-dedutivo, no qual a tarefa do intérprete se limitava a verificar a consunção de um fato concreto a uma norma abstrata. Argumenta-se, ainda, que a redução da realidade jurídica à categoria sistema pressuporia a existência de um único projeto para a sociedade, inviabilizando a multiplicidade de ideais de vida boa. Propõe-se, como alternativa, o pensamento problemático<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Segundo Thomas Kuhn, paradigma “pode ser compreendido como uma realização científica universalmente reconhecida em um determinado período de tempo e que se altera por meio de rupturas nos aspectos centrais das visões de mundo até então dominantes. Assim, o paradigma estabelece um conjunto de aspectos metodológicos, convenções linguísticas e formas de realização/ interpretação de experimentos, o que estabelece valores, crenças, técnicas, problemas e soluções modelares compartilhados por uma dada comunidade de cientistas” (SOUZA CRUZ, 2006, p.1).

<sup>4</sup> A noção de princípio unificador, ou reitor, será mais bem trabalhada ao longo do texto.

<sup>5</sup> Sobre os entraves à compreensão do direito a partir da categoria sistema, vide Galuppo (2005).

---

O pensamento problemático entende que o conhecimento jurídico se faz a partir de casos concretos. Enquanto o pensamento sistemático do Positivismo parte de normas em direção ao caso, o Pós-Positivismo inverte a lógica da argumentação, fazendo partir a solução do caso concreto em direção a normas adequadas a serem aplicadas. (GALUPPO, 2005, p. 202).

A adoção do pensamento problemático (ou tópico), todavia, não exige o abandono da categoria *sistema*. A tópica, resgatada dos Antigos (Aristóteles e Cícero) por Viehweg, enfatiza o problema posto à apreciação do judiciário, sem, contudo, abandonar a noção de sistema (ATIENZA, 2002). Se “a ênfase é posta no problema, então se trata de buscar um sistema que ajude a encontrar a solução; o problema leva assim a uma seleção de sistemas e em geral a uma pluralidade de sistemas” (ATIENZA, 2002, p.67). Nesse diapasão, o direito deixa de ser compreendido, a partir de Viehweg, como o sistema fechado dos positivistas, e passa a ser considerado como sistema aberto, mas ainda sistema (ATIENZA, 2002).

Quanto ao pretense obstáculo à constituição de múltiplos ideais de vida boa, o próprio Habermas, teórico por excelência do pluralismo cultural e defensor intransigente do “direito à diferença”, concebe o Direito como “o sistema que possibilita a organização da sociedade em bases legítimas” (CRUZ, 2006, p. 156), recebendo, para tanto, “influxos externos (outputs) de outros sistemas que reelabora para fins de que a sociedade se organize sob (referidas) bases legítimas” (CRUZ, 2006, p. 157), ou, ainda, “um sistema especial capaz de interpretar as diferentes linguagens dos sistemas parciais (político, econômico, científico) de modo a redirecioná-los em favor de uma coesão social regulada em bases legítimas”. (CRUZ, 2006, p. 154).

Trazendo a discussão para os limites específicos do presente trabalho, cumpre ressaltar que Barros considera o Direito Processual Penal um microsistema dotado de “especificidades diante dos direitos fundamentais a que visa garantir” (BARROS, 2009, p. 16). Diante do considerável rol de garantias relacionadas à liberdade do cidadão nos casos de prisão, elencadas no art. 5º da Constituição da República, somadas ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, Barros (2009, p. 17) conclui que “a própria Constituição trata o processo penal como um microsistema”.

O *modelo constitucional do processo*<sup>6</sup> como “modelo único e de tipologia plúrima” (ANDOLINA; VIGNERA apud BARROS, 2009, p. 15) – podendo as normas processuais assumir, portanto, diversas configurações, desde que observado o *esquema geral de processo* traçado na Constituição – exige a compreensão do processo constitucional como sistema que impõe a irradiação de seus efeitos aos demais microsistemas, dentre eles o microsistema do processo penal. A referida irradiação de efeitos se deve às três características do

---

<sup>6</sup>A presente pesquisa discorrerá mais acerca do “modelo constitucional do processo” e do “esquema geral do processo” em momento ulterior.

*esquema geral de processo*, constitutivas do *modelo constitucional de processo*, identificadas por Andolina e Vignera e assim sintetizadas por Barros:

a expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, como a possibilidade de a norma processual especializar-se e assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microssistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e, por fim, a perfectibilidade, como a capacidade de o modelo constitucional aperfeiçoar-se e definir novos institutos por meio do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral. (BARROS, 2009, p. 15).

Por outro lado, abalizadas vozes na doutrina se posicionam contra o emprego do vocábulo *sistema*. Na seara processual penal e, mais especificamente, no trato da dicotomia inquisitorialidade/acusatorialidade, muito provavelmente a mais sonora delas seja a de Marques (2009), que propõe a substituição do termo *sistema* pelo termo *método*. Entretanto, o que configurará, na obra de Marques, o método inquisitório será a regência do princípio inquisitivo, assim como o que configurará o método acusatório será a regência do princípio dispositivo (MARQUES, 2009).

A importância prática da substituição, portanto, parece mostrar-se nula, em virtude de o emprego do termo *método* não dispensar a identificação do princípio reitor ou unificador para fins de adjetivação do método – se acusatório ou inquisitório. Dessa forma, no presente trabalho continuar-se-á utilizando o termo *sistema*, tanto pelos argumentos acima esposados quanto pela capilaridade por ele adquirida, ao longo dos anos, nas ciências jurídicas.

## **2 Inadequação do sistema inquisitório ao paradigma do Estado democrático de Direito**

O sistema inquisitório, com as configurações em que é estudado, começou a tomar forma na Europa continental, ainda no século XII, quando o papa Inocêncio III publicou a *Bula Vergentis in senium* (1199), equiparando o crime de heresia ao crime de lesa majestade – o mais grave crime até então conhecido (COUTINHO, 2010). Tal medida visava conter o avanço das “doutrinas heréticas”, consideradas uma ameaça ao poder hegemônico e supraestatal exercido pela Igreja Católica. Anos mais tarde, em 1215, no IV Concílio de Latrão – convocado por Inocêncio III –, os clérigos ali reunidos optaram por afastar o modelo processual até então vigente, baseado nos

---

Juízos de Deus – ou ordálias – herança nórdica que remontava às invasões bárbaras, instituindo a inquisição como método de combate aos hereges<sup>7</sup>.

Tradicionalmente, o sistema inquisitório é definido pelas seguintes características: concentração das três funções – acusadora, defensora e julgadora – em mãos de uma só pessoa; sigilação; ausência de contraditório; procedimento escrito; juízes permanentes e irrecusáveis; provas apreciadas de acordo com regras mais aritméticas que processuais; confissão como elemento suficiente para a condenação (TOURINHO FILHO, 2010).

O sistema acusatório contemporâneo, por seu turno, surgiu na Europa insular<sup>8</sup>, em meados do século XII, graças aos esforços do Rei Henrique II em tornar a jurisdição uma função estatal exclusiva – e não mais atividade facultada também aos grandes proprietários de terra – ainda que exercida por particulares reunidos no *Grand Jury* e no *Petty Jury* (COUTINHO, 2010). Ao perseguir o monopólio da jurisdição, o monarca visava um fim maior: a unificação do Reino da Inglaterra, então dividida em centenas de feudos autônomos.

De acordo com José Frederico Marques, são características basilares do sistema acusatório:

- a) separação entre os órgãos da acusação, defesa e julgamento, instaurando-se assim um processo de partes; b) liberdade de defesa e igualdade de posição das partes; c) a regra do contraditório; d) livre apresentação das provas pelas partes; e) regra do impulso processual autônomo, ou ativação inicial da causa pelos interessados. (MARQUES apud ANDRADE, 2008, p. 116).

A despeito da relativa facilidade em se delimitar o contexto histórico-geográfico de surgimento dos sistemas processuais, os sistemas jurídicos de muito perderam a hermeticidade que os caracterizavam (TARUFFO, 2001). Apesar de se referir ao processo civil nos sistemas da *Commom Law* e da *Civil Law*, as observações de Taruffo são absolutamente pertinentes ao tema ora em apreço, até mesmo porque, segundo o autor, o sistema acusatório está para a *Commom Law* assim como o sistema inquisitório está para a *Civil Law*, já que o processo penal de tipo inquisitório emerge do direito insular, de tradição romano-germânica, e o processo acusatório origina-se do direito consuetudinário peninsular. Assim:

---

<sup>7</sup> Verifica-se, portanto, que o processo inquisitório, em sua origem, era um avanço, já que excluía as ordálias, resposta irracional para a questão dos delitos. Com a inquisição procedeu-se à hierarquização dos meios de prova, buscando-se a obtenção de uma “verdade” racional, e não mais metafísica.

<sup>8</sup> O sistema acusatório, com feições diversas das atuais, era conhecido, todavia, na Antiguidade, v.g. em Atenas, a partir das reformas de Sólon; e, em Roma, sobretudo no período Republicano (ANDRADE, 2008).

os habituais e cômodos modelos descritivos, que procuravam representar esquematicamente as características fundamentais dos processos de common law e de civil law, parecem claramente superados e não são mais utilizáveis como instrumentos para conhecer e descrever os variados ordenamentos. (TARUFFO, 2001, p. 45, tradução nossa)<sup>9</sup>.

Isso porque, na contemporaneidade, o fluxo de informações é, além de ininterrupto, extremamente célere, fazendo com que os sistemas processuais estejam em constante mutação, incorporando elementos que outrora lhes eram estranhos, evidenciando “porosidade” e “interpenetração” constitutivas desses sistemas. Circunstâncias fáticas tais como a adoção dos Tribunais do Júri nos sistemas *de Civil Law* ou a crescente inquisitorialidade na *Common Law* evidenciam a veracidade dessa assertiva (TARUFFO, 2001). No mesmo sentido, Coutinho afirma que

salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, sistemas puros, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigoram sempre sistemas mistos, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua inteireza, acaba recepcionado como um terceiro sistema, o que não é verdadeiro. O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação de outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por isto, só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador. (COUTINHO, 2001, p. 17).

Depreende-se, portanto, que o conceito de princípio unificador é crucial à compreensão da matéria, ainda que encontremos juristas que lhe deem nomes diversos. Nesse diapasão, Andrade (2008) fala em elementos fixos do sistema – que não são mais que seu núcleo duro, ou seja, seu princípio unificador – e Iennaco (2005) se refere às tipologias estruturais. O importante, todavia, é que tais termos são somente construções sintáticas para um mesmo referencial semântico – o princípio unificador do sistema, princípio de ligação entre seus elementos integrantes, reitor da conexão entre esses elementos e, como tal, dado *a priori* (COUTINHO, 2010).

<sup>9</sup> *consueti e comodi modelli descrittivi, Che miravano a reppresentare schematicamente i caratteri fondamentali dei processi di Common Law e di Civil Law, appaiono nettamente superati e non sono più utilizzabili come strumenti per conoscere e descrivere i vari ordinamenti* (TARUFFO, 2001, p. 45).

---

Além do princípio unificador, os sistemas são compostos também por elementos variáveis,

cuja presença não é obrigatória nos sistemas jurídicos, pois se destinam simplesmente a permitir sua mobilidade ou funcionamento. Isso implica dizer que esses elementos não determinam a existência ou natureza jurídica de um determinado sistema jurídico, pois poderão estar presentes ou ausentes ao longo de toda a sua existência. (ANDRADE, 2008, p. 33).

Assim, um sistema será acusatório se regido pelo princípio dispositivo, ainda que contenha elementos variáveis próprios do sistema inquisitório; será inquisitório se regido pelo princípio inquisitivo, mesmo contendo elementos variáveis típicos do sistema acusatório.

Amiúde encontram-se menções aos sistemas mistos, usualmente quando se quer referir àqueles sistemas processuais penais que contêm uma fase inicial inquisitória e uma fase final acusatória (CAPEZ, 2009), a exemplo da legislação processual penal na França Napoleônica (COUTINHO, 2001). É errônea, todavia, a designação de tais sistemas como mistos, pois o princípio unificador, “como ideia única, não comporta divisão e, deste modo, não se pode ter um princípio misto e, de consequência, um sistema misto” (COUTINHO, 2010).

Os sistemas somente serão mistos na medida em que regidos por um princípio unificador ao qual se agregam elementos variáveis característicos de sistema diverso, *verbi gratia* o sistema acusatório no qual seja atribuída ao juiz a função de fiscal da obrigatoriedade da ação penal pública. Todavia, levando-se em conta as observações de Taruffo (2001) e Coutinho (2010), acerca do que, na presente pesquisa, denomina-se porosidade/interpenetração<sup>10</sup> dos sistemas, todos os sistemas serão mistos, tornando despicienda referida classificação.

Borges demonstra que esse também é o entendimento do processualista italiano Franco Cordero, que em seus escritos

também afasta a possibilidade de um sistema misto, na medida em que a concepção Kantiana por ele adotada não admite a existência de um sistema regido por um princípio unificador que expresse ideias tão incompatíveis, ou seja, não consegue vislumbrar um sistema processual em que a gestão das provas se encontre simultaneamente nas mãos do juiz e das partes. (BORGES, 2010, p. 26).

---

<sup>10</sup> Procede-se a referida denominação simplesmente por desconhecimento de termos melhores, e não por adesão ao pensamento de quem quer que adote tais termos ou seus assemelhados.



Atingido esse ponto, resta elucidar o que determinará a acusatoriedade ou inquisitorialidade de um sistema, ou melhor, como saber se determinado sistema é regido pelo princípio dispositivo ou pelo princípio inquisitivo. Segundo Cordero, o que distingue os dois princípios é a possibilidade de gestão da prova pelo juiz (CORDERO apud COUTINHO, 2001). Nesses termos, se ao juiz se atribui iniciativa probatória, o princípio reitor será o inquisitivo; se não, será o dispositivo. O princípio dispositivo caracteriza-se, portanto, pela impossibilidade de o juiz gerir a prova.

Atribuir poderes instrutórios ao juiz equivale a permitir que a hipótese inicialmente suscitada pelo magistrado - acerca dos eventos tidos como delituosos e que se pretende desvendar pela via processual - se sobreponha à reconstrução dialética da verdade acerca dos fatos efetivamente ocorridos, configurando o *primado das hipóteses sobre os fatos* (CORDERO apud COUTINHO, 2010). É dizer: valoriza-se a verdade subjetiva e solipsista do julgador, em detrimento da obtenção contraditória da verdade processual.<sup>11</sup>

Com efeito, sendo lícito ao juiz sair à cata das provas, ele, na condição de verdadeiro Torquemada<sup>12</sup> contemporâneo, não raro julgará para só então fundamentar a decisão tomada *aprioristicamente*, invertendo os postulados do silogismo judicial - se é que se pode falar, sem ressalvas, em silogismo judicial no contexto do pós-positivismo - desenvolvendo, por conseguinte, um verdadeiro *quadro mental paranoico* (CORDERO apud COUTINHO, 2001), mediante o qual buscará a todo custo somente a prova necessária à condenação, tendo em vista que, consoante o postulado *do in dubio pro reo*, para absolver não se necessita de provas.

Segundo Franco Cordero (...), verifica-se na atualidade a existência de duas espécies de sistemas processuais: o inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, que impõe a gestão das provas ao juiz, e o acusatório, regido pelo princípio dispositivo, que atribui a gestão das provas às partes (...).

(...) Como se vê, ao contrário da grande maioria dos processualistas pátrios, este italiano utiliza o critério da gestão das provas para dife-

<sup>11</sup> Na presente pesquisa, fala-se apenas em verdade processual, e não em verdade real. Isso porque a verdade real existiu por apenas um átimo, esvaindo-se logo em seguida, o que a torna incognoscível por aqueles que não a vivenciaram. E, mesmo entre aqueles que a vivenciaram, seus contornos são tão fluidos e subjetivos que dificilmente duas pessoas narrariam da mesma forma um fato que presenciaram ou protagonizaram. Com efeito, o princípio da verdade real nada mais é que um execrável mito perpetuador da inquisitorialidade no processo penal. Mais sobre o tema vide Busato (2010).

<sup>12</sup> Tomás de Torquemada, Inquisidor-Geral dos reinos de Aragão e Castela e confessor dos reis Fernando e Isabel. A partir da segunda metade do século XV, promoveu ferrenha perseguição aos judeus, hereges, bruxos e homossexuais da península ibérica.

---

reenciar os sistemas e refuta a visão tradicional que os identifica a partir da existência ou não de partes no processo, isto é, nega que os sistemas inquisitórios são aqueles cujo processo não comporta partes, os acusatórios cujo processo possui partes, ou ainda que os sistemas mistos têm um processo bipartido, com uma fase inquisitória e outra acusatória.

E ainda

Adota tal posicionamento em razão do estudo histórico que desenvolveu a respeito dos sistemas processuais, os quais permitiram verificar em determinados momentos civilizatórios a existência de sistemas cujos processos formalmente comportavam partes, embora estas não possuíssem liberdade para produzir a prova necessária à comprovação de suas alegações. Desta maneira, constatou que estes sistemas se aproximavam muito mais de uma racionalidade inquisitória do que da democracia acusatória, inclusive porque admitiam que o juiz atuasse enredado em quadros mentais paranoicos, isto é, formulasse sua versão dos fatos e se utilizasse da gestão da prova para confirmá-la por meio da confissão. (BORGES, 2010, p. 26-27).

Admitidas as proposições Corderianas, depreende-se da simples leitura do art. 156 do Código de Processo Penal que o modelo brasileiro é essencialmente inquisitório, ainda que permeado de dispositivos legais acusatórios.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante. (BRASIL, 1941).

Constatada a inquisitorialidade do sistema processual penal pátrio, fica a indagação: o princípio inquisitivo é compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito? A resposta a essa segunda pergunta só pode ser negativa, tendo em vista que a efetivação de referido paradigma pressupõe o respeito ao *modelo constitucional de processo*. Segundo Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, esse modelo *constitucional de processo* configura um “verdadeiro e próprio esquema geral de processo” (ANDOLINA; VIGNERA apud OLIVEIRA, 2001, p. 159), que pode individualizar-se

a) na expansividade, consistente na sua idoneidade (acerca da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para

condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo; b) na variabilidade, a indicar sua atitude a assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (da obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possam advir-se segundo várias modalidades em vista da realização de finalidades particulares; c) na perfectibilidade, a designar sua idoneidade a ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a (scilicet: no respeito, comum, de qual modelo e em função da consecução dos objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pelas (ulteriores) garantias e pela instituição de institutos ignorados pelo modelo constitucional. (ANDOLINA; VIGNERA apud OLIVEIRA, 2001, p. 150).

Destarte, é facultado ao legislador infraconstitucional inovar, criando institutos processuais mais adequados às particularidades dos microssistemas, ou aperfeiçoando os já existentes. Não lhe é lícito, entretanto, ignorar o *esquema geral de processo* traçado na Constituição.

A Constituição exerce, portanto, a dupla função de parâmetro para a atividade legiferante e filtro hermenêutico a nortear a interpretação tanto dos dispositivos legais isoladamente considerados quanto em contraste com a desejável unidade do sistema jurídico (DIAS, 2009). Referida unidade se perfaz, na seara processual, mediante a observância do *modelo constitucional do processo*. Como bem ressaltou Barros:

em termos de Estado Democrático de Direito em que o processo é garantia constitutiva de direitos fundamentais, o devido processo legal somente pode ser entendido como modelo constitucional do processo, entendido como base principiológica uníssona, que pode ser expandida, aperfeiçoada, variada de acordo com o microssistema (texto enviado pela autora).

De acordo com Barros (2009), essa base uníssona de princípios co-dependentes compreende, segundo os parâmetros da Constituição de 1988, o contraditório, a ampla defesa compreendida como ampla argumentação, o terceiro imparcial e a fundamentação das decisões. Atentos às três características (variabilidade, perfectibilidade e expansividade) do modelo constitucional do processo, Barros e Machado observam que

em relação ao processo penal, como microssistema que é, a característica da expansividade do modelo constitucional de processo se manifesta na incorporação de princípios como a presunção de inocência e a

---

garantia das liberdades constitucionais do cidadão, previstas no art. 5º da CR/1988. Portanto, além de estar de acordo com a base principiológica que compõe o modelo constitucional de processo, o processo penal deve especializar-se por intermédio da presunção de inocência e das garantias de liberdade individuais do cidadão. (BARROS; MACHADO, 2010, p. 80).

Sendo, conforme observado alhures, uníssona a base principiológica que compõe o modelo constitucional do processo – contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial, fundamentação das decisões e, no caso específico do processo penal, presunção de inocência e garantia das liberdades individuais do cidadão – a inobservância de qualquer um desses princípios implica em inobservância do princípio do devido processo legal, que se confunde com o próprio *modelo constitucional do processo* e não deve ser limitado à simples conformidade com o procedimento delineado na norma processual.

A correlação entre o devido processo legal e o *modelo constitucional do processo* pode ser bem trabalhada a partir da obra de Edimar Carmo da Silva. Uma das preocupações precípua do autor é com o que ele denominou de aspecto material do devido processo legal. Segundo ele, o princípio do devido processo legal, em seu aspecto material, “encerra mais que a obediência à lei, senão, e necessariamente, obediência à lei conforme a Constituição” (SILVA, 2010, p. 23). Depreende-se, portanto, que se por um lado (aspecto formal) o devido processo legal pode ser definido como a estrita observância do procedimento traçado em lei, por outro (aspecto material) a lei há de ser conforme a Constituição, sob pena de ofensa ao *modelo constitucional do processo*.

Portanto, sendo cogente a observância do princípio do devido processo legal, compreendido como *modelo constitucional do processo*, o juiz foi erigido pela Constituição de 1988 à função de garante de referido modelo, ou seja, à função de fiscal da observância dos princípios da ampla argumentação, terceiro imparcial, fundamentação das decisões, presunção de inocência, das garantias de liberdade do cidadão e, principalmente, do contraditório, consoante doutrina de Barros e Machado (2010). Nesse diapasão, compreender a abrangência e as razões da indeclinabilidade desses princípios em um sistema acusatório afigura-se imprescindível.

Fazzalari entende o processo como espécie de procedimento em contraditório entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento final. Ou, em seus próprios termos,

o processo é um procedimento no qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato final não possa obliterar a atividade deles. (FAZZALARI apud OLIVEIRA, 2001, p. 154).

A noção fazzalariana de contraditório vai ao encontro da Teoria Procedimentalista do Direito, de Jürgen Habermas, que, perfunctoriamente, fundamenta a validade de um provimento estatal na efetiva participação dos possíveis afetados. Só assim as partes podem ser consideradas, também, autoras do provimento. A sentença há de ser, portanto, prolatada mediante a efetiva participação argumentativa das partes. O julgamento solipsista do magistrado é, então, substituído pela construção participada e argumentativa do provimento (CRUZ, 2006). Cruz, discorrendo sobre o legado de Habermas, ressalta que “a democracia radical exige o direito de todos participarem das deliberações que certamente influenciam seu cotidiano e sua visão de vida digna” (2006, p. 145).

Atenta à força desses argumentos, Barros conceitua o contraditório “como espaço procedimentalizado para a garantia da participação dos afetados na construção do provimento” (BARROS, 2009, p.18), caracterizado pela influência e não surpresa. Assim, uma sentença em consonância com o contraditório é aquela em que é oportunizado às partes influir na decisão, sendo obrigatório ao juiz alicerçar sua decisão na argumentação trazida aos autos pela acusação e pela defesa. O contraditório, portanto, não mais se satisfaz com a mera possibilidade de as partes discutirem o mérito da lide. Nesse diapasão,

a sentença não é produto da inteligência pessoal do juiz, mas da reconstrução do fato e da argumentação realizada pelas partes, em contraditório garantido pelo juiz. O magistrado não participa do contraditório, mas o garante como o espaço argumentativo para a construção da decisão pelos que serão por ela afetados. (BARROS; MACHADO, 2010, p. 80).

Ora, chega a ser risível pensar um procedimento caracterizado pela efetiva influência das partes na convicção do julgador, bem como pela não surpresa, se a este último é facultado a produção antecipada de provas e a realização de diligências. Se as partes não requereram a prova antecipada, ou a realização da diligência, é porque as entenderam desnecessárias à demonstração da veracidade dos fatos que alegam, bem como da adequação de seus argumentos a esses fatos. Assim, o juiz que se vale das prerrogativas do art. 156 do Código de Processo Penal demonstra, insofismavelmente, sua tendência a não se deixar influenciar pelos argumentos das partes, o que, via de regra, redundará em uma fundamentação que desconheça esses argumentos, levando Barros a afirmar que

a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e a aceitabilidade racional da decisão. (BARROS, 2009, p. 19).

---

O espaço está para o contraditório assim como o tempo está para a ampla defesa, entendida como ampla argumentação (BARROS, 2009). A ampla argumentação garante às partes o tempo necessário à produção de provas e à construção adequada dos argumentos pertinentes à lide penal.

Sem embargo de a ampla argumentação integrar o bloco uníssono de direitos e garantias fundamentais que constituem o *modelo constitucional de processo*, o art. 156, inciso II, do Código de Processo Penal, autoriza o juiz a determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligência. É dizer, o juiz, a qualquer tempo, desde que antes de prolatada a sentença, poderá determinar a realização de diligências. A única limitação legal à realização dessas diligências é que elas estejam voltadas à resolução de dúvida sobre ponto relevante do processo.

Contudo, em uma analogia com o direito penal, poder-se-ia dizer que “ponto relevante” se assemelha ao elemento normativo do tipo, a exigir uma complementação subjetiva do seu significado. Em outras palavras: caberá ao juiz – e tão somente ao juiz, já que se as partes considerassem o ponto como relevante, obviamente requereriam por si só a realização das diligências suficientes à elucidação da matéria – diante das circunstâncias do caso concreto, estabelecer o que efetivamente se entende por ponto relevante.

Não bastasse a imprecisão do texto legal, verifica-se que, da forma como foi redigido, o artigo em apreço faculta ao juiz – além de estabelecer o que efetivamente seja “ponto relevante”, para fins de realização de diligências – determinar a realização de tais diligências sem consultar as partes acerca de sua necessidade e/ou conveniência e, pior, sem conceder-lhes oportunidade para se manifestarem sobre os resultados obtidos. É que o art. 156 do Código de Processo Penal aduz que o juiz poderá determinar a diligência a qualquer tempo, desde que antes de proferida a sentença. Uma interpretação literal do dispositivo permite a compreensão, portanto, de que lhe será lícito, v.g. requisitar a elaboração de exame pericial após a apresentação dos memoriais finais pela defesa, já que ainda não proferida a sentença. Assim procedendo, porém, violaria frontalmente a ampla argumentação, sendo certo que tanto a acusação quanto a defesa se prejudicariam com malfadado comportamento processual hipotético.

Por outro lado, poder-se-ia admitir que o juiz determinasse a realização da diligência e, em seguida, desse vista dos autos às partes, para as considerações que considerarem pertinentes. Assim procedendo, estaria observando, ao menos em tese, o contraditório e a ampla argumentação. Mas, mesmo nessa hipótese, é forçoso reconhecer que o magistrado estaria agindo engendrado em *quadro mental paranoico*, buscando eventuais provas a embasar seus prejulgamentos, em clara afronta ao princípio dispositivo esposado no art. 129, inciso I, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

No que se refere ao texto legal, todavia, a presunção é de legalidade. Havendo incompatibilidade entre a Constituição e a lei ordinária, os esforços do intérprete

devem se voltar à integração da última à primeira. Forte nessas razões, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias observa que

na técnica normativa de construção dos procedimentos, cabe ao legislador observar o modelo constitucional do processo. Se o legislador não o fez, seja lá por que motivo for (inépcia ou obtusidade), incube ao intérprete efetivar a integração da norma em vigor, desenvolvendo técnica interpretativa em conformidade com o devido processo constitucional. (DIAS, 2009, p. 493).

Nesse sentido, é previsível que o intérprete mais diligente, em louvável esforço intelectual para integrar o art. 156 do Código de Processo Penal *ao Modelo Constitucional do Processo*, admita que o juiz indague das partes sobre a oportunidade e conveniência da diligência. Havendo concordância unânime, e uma vez realizada a diligência, o juiz abrir-lhes-ia vista. Ainda assim, a afronta ao *esquema geral de processo* traçado na Constituição é insofismável, na medida em que a imparcialidade do julgador fica comprometida a partir do momento em que, a pretexto de desvendar uma inalcançável verdade real, ele determina a realização de diligências, ainda que consentidas.

A questão ganha contornos ainda mais sombrios quando cotejada com o brocardo *in dubio pro reo*. Se a dúvida necessariamente é interpretada em benefício do réu, não cabe ao juiz tomar para si a iniciativa probatória. Se assim o faz, procede como o Vidigal, célebre personagem de Manuel Antônio de Almeida<sup>13</sup>, buscando as provas indispensáveis à condenação. Com efeito, o juiz buscará esclarecer ponto obscuro tão somente para condenar, já que, havendo dúvida, necessariamente deverá absolver, conforme determinações expressas do art. 386, *caput* e seus incisos, do Código de Processo Penal.

Conforme mencionado alhures, a característica da expansividade – inerente ao *Modelo Constitucional do Processo* e consistente na idoneidade da norma processual se expandir para outros microssistemas, especializando-se – permite que outros princípios, distintos do contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões, integrem a *base principiológica uníssona* que configura o *esquema geral de processo*, conforme as particularidades de cada microssistema. Tanto é assim que, no processo penal, além dos quatro princípios retromencionados, a observância da presunção de inocência e das garantias de liberdades individuais do acusado é de rigor, como corolário da especialização do microssistema (BARROS, 2009).

<sup>13</sup> : “(...) O major Vidigal era o rei absoluto, o árbitro supremo de tudo que dizia respeito a esse ramo da administração; era o juiz que julgava e distribuía a pena, e ao mesmo tempo o guarda que dava caça aos criminosos; nas causas de sua imensa alçada não havia testemunhas, nem provas, nem razões, nem processo; ele resumia tudo em si; a sua justiça era infalível; não havia apelação das sentenças que dava, fazia o que queria, e ninguém lhe tomava contas (...)” (ALMEIDA, 1996, p. 20).

---

Sendo o réu presumivelmente inocente, incumbe à acusação demonstrar a culpa, sendo-lhe assegurado, para tanto, o contraditório e a ampla argumentação. A demonstração da culpa, entretanto, cabe única e exclusivamente ao Ministério Público ou ao querelante. O magistrado a quem se atribuem poderes instrutórios, e que efetivamente se valha desses poderes, partirá justamente de pressuposto antagônico, o da presunção de culpa. E, sendo o réu presumivelmente culpado, não poupará esforços para demonstrá-lo, ainda que em detrimento de sua imparcialidade.

Por outro lado, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho demonstra que uma interpretação do artigo 156 do Código de Processo Penal em conformidade com o princípio acusatório e, por conseguinte, com o *modelo constitucional do processo*, não é de todo impossível. Com efeito, o autor observa que atribuir poderes instrutórios ilimitados ao juiz, ou vedá-los peremptoriamente, não são medidas compatíveis com um sistema processual apto a solucionar adequadamente os casos mais complexos. Carvalho propõe, como alternativa, a possibilidade de o juiz, uma vez verificada a necessidade de realização de alguma diligência, determinar a remessa dos autos a algum substituto processual da parte ou de seu representante, com competência para requerê-la (a diligência) – a Procuradoria Geral de Justiça (diligência de interesse da acusação) ou a Defensoria Pública/OAB (diligência de interesse do réu), logo após declarar o réu indefeso. Ato contínuo, esse mesmo juiz declara-se suspeito para presidir a instrução, bem como para julgar o caso penal, por ter antecipado seu convencimento (CARVALHO, 2010).

Assim procedendo, o magistrado se valeria das faculdades que lhe são atribuídas pelo artigo 156 do Código de Processo Penal, sem, todavia, olvidar-se dos princípios esposados pela Constituição da República de 1988, conformando, mediante seu agir, um processo socialmente justo e, simultaneamente, permeável aos direitos fundamentais que ele (o processo) visa garantir. Atuaria, é forçoso reconhecer, como verdadeiro garante do *modelo constitucional do processo*, ocupando o exato nicho processual que a Constituição da República de 1988 lhe impõe.

A despeito da força desses argumentos, muitos membros do judiciário resistem em reconhecer o novo papel que lhes foi atribuído pela Constituição Federal, aduzindo que tirar-lhes o poder de produzir provas equivale a reduzi-los à condição de simples samambaias de sala de audiência<sup>14</sup>, a meros expectadores inertes do duelo travado entre as partes. Assim agindo, não percebem que o distanciamento do juiz da instrução probatória em nada o diminui. Muito pelo contrário, é somente esse distanciamento que permite o efetivo controle das provas produzidas pelas partes (BUSATO, 2010).

Em um processo penal acusatório, o juiz não é um vegetal inerte, mas o sujeito processual que detém a função de garantir a observância do *Modelo Constitucional do Processo*, com especial destaque para o contraditório (BARROS; MACHADO, 2010). Função essa que, diga-se de passagem, é inquestionavelmente mais nobre

---

<sup>14</sup> Sobre as origens da expressão juiz-samambaia, ver Busato (2010).



que a de inquisidor paranoico tristemente assumida por magistrados que se apavoram diante do novo, diante de um processo no qual cada sujeito exerce, para usar a expressão de Coutinho (2010), seu *lugar constitucionalmente demarcado*.

Ocorre que, do simples fato de não se querer um juiz-samambaia, mas um juiz fiscal do *modelo constitucional de processo*, traçado pela Constituição e entendido como *base principiológica uníssona*, não se pode aceitar o seu extremo oposto, qual seja, o juiz-inquisidor paranoico, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, que previu um sistema processual penal acusatório. O tempo dos Torquemadas e Vidigais há muito se esvaiu. Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, não há mais espaço para o exercício arbitrário do poder e não mais se concebe uma decisão que não tenha sido erigida em conjunto com os possíveis afetados. Enfim, no Estado Democrático de Direito, o respeito ao *Modelo Constitucional de Processo* e o controle do exercício das funções (poderes) estatais, mediante a construção participada dos provimentos finais, são inarredáveis, sob pena de insofismável ilegitimidade.

## CONCLUSÃO

Conforme previamente ressaltado, a Constituição da República de 1988 traçou, em seu art. 129, inciso I, um sistema processual penal de tipo acusatório, realizável somente mediante o respeito aos princípios processuais nela própria elencados, conformadores do *modelo constitucional de processo*. Tanto é assim que o princípio acusatório não se restringe à simples separação formal entre os órgãos incumbidos de acusar e julgar.

Em um Estado Democrático de Direito, a acusatorialidade se configura, precipuamente, pela vedação de qualquer iniciativa probatória ao órgão encarregado de julgar. A produção de provas *ex officio* afronta o contraditório, a ampla argumentação, a imparcialidade e a presunção de inocência – todos conformadores da *base principiológica uníssona* que é o *esquema geral de processo* esboçado na Constituição – além de inexoravelmente ocasionar uma fundamentação desprovida de legitimidade, haja vista que infensa à argumentação promovida pelas partes.

Sem embargo dessas considerações, o art. 156 do Código de Processo Penal expressamente autoriza o juiz a produzir provas. Procura, sem sucesso, afastar o ranço inquisitorial ao condicionar a produção de provas à elucidação de “ponto relevante”. Deixa, porém, ao livre arbítrio do juiz a definição do que seja “ponto relevante” para fins de produção de provas *ex officio*.

O princípio reitor do sistema processual penal brasileiro é, portanto, indubitavelmente inquisitivo, ainda que a estrutura procedimental seja formalmente acusatória. O Código de Processo Penal brasileiro estabelece um *iter* procedimental aparentemente acusatório, com três sujeitos processuais distintos – autor, réu e juiz – mas substancialmente inquisitório, ante os amplos poderes probatórios conferidos ao juiz.

---

Sendo assim, uma reforma na legislação processual penal afigura-se premente. A reforma há de ser, todavia, a mais ampla possível, para alterar o princípio reitor do sistema processual, adequando-o às determinações constitucionais. Reformas como as decorrentes das Leis 11.590/08, 11.719/08, 11.900/09 e, mais recentemente, 12.403/11, não bastam, vez que pontuais. De nada adianta substituir o sistema presidencialista de coleta das provas testemunhais pelo de *cross examination* (Lei 11.900/09), ou vedar a decretação da prisão preventiva por iniciativa do juiz, na fase de inquérito (Lei 12.403/11), se o princípio reitor do sistema permanecer inalterado. A afronta à Constituição persistirá, a não ser que se afaste do ordenamento jurídico, de uma vez por todas, a iniciativa probatória do juiz que detenha, cumulativamente, competência para julgamento. Até lá, forçoso reconhecer que no Brasil vigora um sistema processual penal formalmente acusatório, mas materialmente inquisitório, a despeito da vedação constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Manuel Antônio de. **Memórias de um sargento de milícias**. 25. ed. São Paulo: Ática, 1996.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08, nº 11.719/08 e nº 11.900/09. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Atuação do juiz e das partes no processo: estudo sobre a mutatio libelli a partir do movimento das reformas processuais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo/RS, v. 2, n. 2, p. 72-85, jul.-dez. 2010. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4795>>. Acesso em: ago. 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BORGES, Clara Maria Roman. A permeabilidade inquisitorial de um projeto de código de processo penal acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (orgs). **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 26-27.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. BRASIL, Exposição de motivos do Código de Processo Penal. **Vade Mecum Rt.** 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O novo processo penal à luz da Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva 2009.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Perspectivas principiológicas de um projeto de código de processo penal acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O novo Processo Penal à luz da Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O novo Processo Penal à luz da Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. As reformas do Código de Processo Civil e o modelo constitucional do processo. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo Civil reformado.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do instituto de hermenêutica jurídica**, vol. 1 n. 3. Porto Alegre, 2005, p. 195-205.

---

IENNACO, Rodrigo. **Causas especiais de exclusão do crime**. Porto Alegre: SAFE, 2005.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. Inteligência do princípio da separação dos poderes e do princípio acusatório. **Revista de informação legislativa**. jul./set. 2009. p.141-153.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SILVA, Edimar Carmo da. **O princípio acusatório e o devido processo legal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali Del processo civile di Civil Law e di Commom Law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 122.

# CRÍTICAS AO SENSACIONALISMO NO DIREITO PENAL

## Criticism to sensationalism in Criminal Law

*Fábio Guedes de Paula Machado*<sup>1</sup>

### Resumo

É objetivo do presente artigo apontar críticas a respeito do sensacionalismo no Direito Penal, mostrando a necessidade de se vincular sua teoria geral do delito e das sanções aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a fim de obter mais justiça e de destinar o verdadeiro papel do Direito Penal, que é o de *ultima ratio*, combatendo o delito, estudando-o efetivamente, tratando o autor e a vítima com dignidade. O autor ainda aponta a necessidade de se realizar um estudo sistematizado sobre a evolução do Direito Penal, acerca das escolas e teorias contemporâneas e discorre a respeito de alguns pensamentos jurídico-penais, ressaltando que as fases de elaboração do Direito Penal são organizadas a partir dos fundamentos filosóficos e concepções sistemáticas que as sustenta.

**Palavras-chave:** Sensacionalismo. Direito Penal. Estado Democrático de Direito. *Ultima ratio*.

### Abstract

*The aim of this article is to criticize sensationalism in Criminal Law, showing the need to link its general theory of crime and sanctions to the Democratic State of Law foundations in order to obtain more justice and to defend the true role of Criminal Law, which is the ultima ratio, fighting the crime, studying it effectively, treating both the author and the victim with dignity. In addition, a systematic study of the Criminal Law evolution is presented considering its contemporary schools and theories. Finally, a discussion on some legal penal thoughts is held, excepting that the stages of Criminal Law elaboration are organized considering the philosophical foundations and the systematic conceptions that support them.*

**Keywords:** Sensationalism. Criminal Law. Democratic State of Law. *Ultima ratio*.

## INTRODUÇÃO

Longe de aproveitar os ensinamentos do passado, de extrair os resultados das experiências presentes para a busca de um futuro melhor, rumo a uma sociedade mais justa, o Direito Penal pragmático, hoje entre nós uma realidade, trabalha apenas com paliativos e simbolismos, propiciando o endurecimento das normas penais. De outro lado, as teorias clássicas da pena não conseguem ajustá-la aos preceitos do Estado Democrático de Direito. Isto porque, em breve escorço, a concepção da prevenção geral negativa, a intimidação, a meu juízo, confronta com o fundamento da dignidade da pessoa humana. Quer dizer que a pessoa

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Penal pela USP, Mestre em Direito pela PUC-SP, Professor de Direito Penal na Universidade Federal de Uberlândia e do Curso de Mestrado da Universidade de Itaúna e Promotor de Justiça em Uberlândia – MG.

---

humana é aterrorizada pela possibilidade, ainda que muitas vezes remota, de vir a ser apenada; e pela prevenção geral positiva, ressocializar-se<sup>2</sup>, no modelo atual prisional, porém sabe-se que é difícil, senão impossível, obter a socialização ou ressocialização do infrator da norma, sendo este apenas mais um ato da peça “crise penal”.

Dentre outros sistemas políticos-penais, há grande dissenso quanto ao sistema brasileiro, face não ajustar-se aos sistemas já conhecidos, como o positivismo criminológico, naturalista ou legal; ou o neokantismo; ou ao finalismo, muito menos ao funcionalismo ou às estruturas penais do real Estado Democrático de Direito, embora se posicione como Estado integrante, *ex vi* do art. 1º, caput, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Entre nós, o tema “desenvolvimento epistemológico da ciência jurídico-penal” não obteve entre nós a devida e merecida atenção, salvo honrosas exceções como Antonio Luís Chaves Camargo e Miguel Reale Júnior, entre outros, e isto se constata pelo vazio doutrinário e acadêmico brasileiro sobre o tema posto em consideração, corroborado pela ausência de discussões e críticas.

Quando se pensa na metodologia da ciência penal, não se deve pensar se uma ou outra concepção é a melhor, ou se esta se ajusta melhor ao sistema, mas deve-se levar em consideração qual é a que legitima o Direito Penal.

Afetos à necessidade de interiorizar os postulados epistemológicos da ciência penal, no velho continente, hoje notadamente na Espanha, encontra-se um farto material bibliográfico, e talvez o estudioso do Direito Penal menos avisado se perguntaria o porquê de se analisar o desenvolvimento metodológico do Direito Penal. Respondendo a esta questão, Mir Puig assevera que “a história do método jurídico-penal responde a dois fatores: a evolução das ideias políticas e o processo filosófico científico”.

Todo este estudo de importância destacada possibilita ao estudioso não apenas conhecer o pensamento humano no transcorrer dos séculos, mas serve igualmente para identificar e argumentar no sentido crítico de que nos fala Habermas e seus discípulos, precisamente sob a teoria do discurso ou do agir comunicativo. (MIR PUIG, 1976, p. 299).

Feitos os comentários preliminares que me parecem pertinentes, metodologicamente, identifico o Direito Penal atual, ou se se preferir, o pontual, fruto da vontade popular, como sendo “irracional”, não aquele propugnado pela Escola de Kiel, de Schafstein e Dahnn, na Alemanha nazista, com a negativa ao conceito de bem jurídico, mas um Direito Penal que se afasta das constatações dogmáticas de um sistema aberto de Direito.

---

<sup>2</sup> Neste sentido, já destacado no Boletim n.º 75 – IBCCrim de fevereiro/99, no modelo atual prisional.

Repetidas vezes, aspectos criminológicos e de política criminal são ignorados pelo legislador e até mesmo pelos operadores do Direito, e que passam a destinar ao Direito Penal a missão de *ultima ratio* para *prima ratio*. Efetua-se, assim, a construção de verdadeiras ignomínias, motivo de grandes embates doutrinários e jurisprudenciais, a se verem primordialmente em legislações recentes como a antiga lei dos crimes hediondos e suas reformulações, ou até mesmo, mais recentemente, na lei dos crimes ambientais.

Destarte, no momento em que se aproxima a discussão sobre a reformulação da parte especial do Código Penal brasileiro, figuras penais conflitantes com uma sociedade do século XXI, são inseridas no texto legal. Refiro-me ao embate ortotanásia e o induzimento, instigação e auxílio ao suicídio que continuam sendo apenados, estendendo-se ao aborto, e a romântica figura do assédio sexual, esta sim uma verdadeira antinomia com os postulados do Direito Penal mínimo, entre outras que se apresentam como figuras de um triste espetáculo.

Melhor seria se penalistas e legisladores fizessem um “levante” tal como o ocorrido na Alemanha quando das discussões de reforma do Código Penal na década de 60, precisamente com o projeto alternativo de Código Penal, que teve a forte atuação de Claus Roxin, Winfried Hassemer e outros não menos brilhantes estudiosos do Direito Penal, que gerou a reforma da parte geral, isto em 1975, sepultando, definitivamente Kant, Hegel e Kelsen para o Direito Penal, aliás como frisava com maestria o Prof. Dr. Chaves Camargo em suas aulas na pós-graduação da USP.

O Direito Penal brasileiro da pós-modernidade apresenta-se como demagógico no combate à criminalidade, pouco preocupado em enfrentar o conteúdo desta, para em seu lugar oferecer à população um falso sentimento de segurança, sendo até mesmo postulado por parte de alguns a implantação do programa “lei e ordem - tolerância zero”, isto ao arrepio das garantias constitucionais, tal como preconizado largamente pelo prefeito de New York.

Quando se quer, de forma doutrinária, reconhecer o Direito Penal como ciência social e aproximá-lo de ciências não jurídicas, tais como a Psicologia, Sociologia, Criminologia, Filosofia, Linguística e primordialmente a Política Criminal, para se conhecer o progresso obtido por estas ciências como forma de entender a realidade como melhor forma de combater a criminalidade, e propiciar uma participação popular no processo democrático, vê-se o contrário, ou seja, um afastamento completo da interligação com estas áreas do conhecimento, e rumo à direção ao pragmatismo puro e simbólico, já sendo reconhecido como motivo incentivador da crise hoje existente no Direito Penal.

Como suposta colaboração ao método, numa concepção política, acredito que se vinculássemos o Direito Penal, sua teoria geral do delito e das sanções aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, visto por Mir Puig como “sistema político que, junto à liberdade formal do Estado Liberal e a fraternidade do Estado Social, procure a efetiva e concreta igualdade dos cidadãos” (MIR PUIG, 1976, p. 302), mormente através da dignidade da pessoa humana, art. 1.º,

---

III, da Constituição Federal brasileira, obteríamos mais justiça e destinaríamos ao Direito Penal o seu verdadeiro papel, ou seja, de *ultima ratio*. Assim fazendo, combateríamos o delito estudando-o efetivamente, tratando vítima e autor com dignidade, e não como quer o pragmatismo em manifesto retorno ao século XVIII, em que se pretendia combater o delito sem estudá-lo.

Para que a reforma da legislação penal brasileira obtenha sucesso e reconhecimento, é necessário que se cumpra com uma Política Criminal valorativa, e de verdade se possibilitem discussões críticas, pautadas com ideologias pluralistas, e acompanhada dos segmentos acadêmicos e institucionais penais, e não com um “faz de conta” de Política Criminal.

A crise do Direito Penal deve-se muito à dogmática pouco interiorizada de nossos operadores do Direito, o que decorre que “quanto menos desenvolvida uma dogmática, mais imprevisível serão as decisões dos tribunais” (MIR PUIG, 1976, p. 333). Pode-se acrescentar que não apenas serão imprevisíveis as decisões dos tribunais, mas também, a própria *opinio doctoris* será alvo de modificação constante, e isto já se viu quanto à extensão ou não dos postulados da lei que trata da tortura, dos crimes hediondos e afins.

Não obstante ao postulado acima, quando se renuncia ao pensamento metodológico, acarreta-se um retorno ao pensamento tópico, ao casuísmo e à solução ocasional, geradores que são, em muitas vezes, da arbitrariedade, irracionalidade, imprevisão e insegurança jurídica.

A interpretação funcional do Direito positivo deve ser sempre uma interpretação constitucional, isto é, deve-se partir metodologicamente da existência de um sistema político e social. Do exposto, sendo o Brasil um país elencado no rol seletivo dos Estados Democráticos de Direito, não pode o seu Direito Penal desempenhar a mesma função que desempenhava no Estado totalitário ou ditatorial, especialmente no que se refere às teorias do crime e da pena.

Metodologicamente, não poderíamos estar em situação pior. Na égide de um Estado Democrático de Direito, que deve orientar todo o Direito, mormente o Direito Penal, temos uma parte geral do Código Penal, é verdade, reformada em 1984, mas alvo de incertezas e polêmicas quanto ao método, como por exemplo, alguns institutos entendidos como integrantes do naturalismo alemão, como a causalidade *conditio sine qua non*; outros do neokantismo, como a omissão imprópria; e para complementar outros como integrantes do finalismo welzeniano, como a culpabilidade.

Já a parte especial, hoje objeto de projeto de reforma, é manifestamente naturalista, concebido num momento histórico onde o Estado era intervencionista nas relações sociais, fruto da absorção de postulados do Código Penal italiano de 1930, da lavra de Arturo Rocco. Vê-se nos diversos tipos penais da parte especial a “civilização” destes, tais como o crime de dano, o esbulho possessório que antes era perpetrado pelos latifundiaristas e hoje pelos integrantes do movimento “dos sem terra” – MST, a apropriação indébita, o estelionato mediante a emissão de cheques sem a devida provisão de fundos, crimes contra a organização do trabalho, etc.



A falácia é tão grande e as reformas pontuais tão presentes entre nós, a depender, sempre, da barbárie de um novo crime cometido, vindo a alarmar a sociedade como um todo, que o próprio legislador contemporâneo sozinho trata de instalar entre nós conflitos de interpretação literal, como os verificados na lei de lavagem de dinheiro, ora não permitindo a suspensão do processo e, em seguida, permitindo-a etc.

Caso houvesse o estrito seguimento ao método científico, com certeza, as impropriedades legislativas, tão presentes entre nós, não se verificariam com tamanha assiduidade e quantidade.

Poucas obras sobre o tema “desenvolvimento epistemológico e sua dogmática contemporânea” são escritos, ainda que poucos no Brasil, porém permanece a necessidade de realizar o estudo sistematizado sobre a evolução do Direito Penal, convidando o intérprete do Direito a se debruçar sobre as escolas e teorias contemporâneas. Discorro, amiúde, acerca de alguns pensamentos jurídico-penais, ressaltando que as fases de elaboração do Direito Penal são organizadas a partir dos fundamentos filosóficos e concepções sistemáticas que as sustenta. Dentre as principais contribuições, emergem as várias posições funcionalistas, sendo ainda atual o finalismo.

Neste aspecto, e antes de proceder ao apontamento de algumas concepções, baseado na lição de Schünemann (1991, p. 37):

o sistema penal não pode obstacularizar o desenvolvimento social e jurídico, isto porque tal como preceituado num sistema fechado, o alcance da construção sistemática sobre a teoria geral do delito é fechada, constatando-se pela premissa de que as causas de exclusão só atingem a punibilidade.

## 1 Iluminismo

Fundamento de toda a construção clássica foi o Iluminismo propagado na Europa, destacando-se, em especial, a ocorrência francesa em razão da revolução lá ocorrida. O Iluminismo, como precursor da Escola Clássica, teve seu início na obra de Beccaria em 1764, vindo a sustentar o livre arbítrio como seu elemento maior, considerando que a responsabilidade penal se funda na responsabilidade moral. Entende-se como livre arbítrio o poder que tem o homem de determinar-se livremente. “É a faculdade inerente à alma humana de pode querer o bem ou o mal, por isso é moralmente culpado e legalmente responsável por seus delitos, sendo este o fundamento da responsabilidade moral do criminoso” (ARAGÃO, 1952, p. 69). Nessa visão, o crime é um ente metafísico, não estudado, só havendo responsabilidade penal quando existe a responsabilidade moral, isto é, só podem ser punidos, como autores de ações ou omissões criminosas, os que têm responsabilidade moral, é necessária a liberdade de querer, a capacidade de distinguir o bem do mal.

---

## 2 Positivismo criminológico

Com as descobertas científicas de Darwin e Spencer, desenvolveu-se no seio penal a Escola Positiva em contraposição aos postulados clássicos. Afirmavam os adeptos desta escola penal que “O livre arbítrio é uma ilusão subjetiva, desmentida pela fisiopsicologia positiva” (ARAGÃO, 1952, p. 74).

Esta escola é adepta do determinismo psicológico ou volicional. Fulmina a existência do livre arbítrio e nega a responsabilidade dos indivíduos. O homem está sujeito à lei da causalidade e os seus atos são consequência inevitável das circunstâncias internas e externas que lhe influenciam a vontade.

Estes cientistas demonstram positivamente a não existência da liberdade de querer, e a vontade para o determinismo deixa de ser essa entidade psíquica e abstrata, a faculdade da alma, de todo independente dos vários motivos que a impelem à ação, para ser a representação mental consciente de um ato antes de sua execução.

Lombroso (1884, p. XXXIII), médico italiano, tornou-se mentor desta escola ao elaborar o clássico “Homem Delinquente”, obra de cunho antropológico-estatístico após efetuar milhares de entrevistas com presos da época. Seguido de perto por Enrico Ferri, acresceu-se aspectos sociais na formação do delinquente, somando-se Raffaele Garofalo, responsável pela conotação jurídica dada à Escola, vindo a ser considerado como o “pai” da Criminologia.

Preconizava-se que o homem pensa e age, não espontaneamente, mas conforme o “sangue” que tem nas veias, isto é, conforme sua herança. Ele sente, pensa, quer muito mais por seus avós do que por si mesmo. É o morto que do fundo do seu túmulo, onde se tornou poeira, que governa o vivo. A vontade humana, este estado de consciência, está submetido às influências dos agentes físicos e sociais. A fisiologia, a psicopatologia, a estatística o provam.

Demonstravam ainda que a vontade não é uma faculdade do espírito, causa dos nossos atos, antes da sua produção, realizados unicamente como uma consequência resultante do processo natural de transformação das forças físicas e fisiopsicológicas.

A responsabilidade penal do criminoso tem por base e fundamento a responsabilidade social; e a natureza e o rigor dos meios de defesa social contra o crime, variam conforme o grau de temibilidade do delinquente e a sua inaptidão à vida social.

O crime não é um ato filho da vontade livre do indivíduo que o praticou, conforme pensam os clássicos, mas, de fatores biológicos, físicos e sociais.

A escola Antropológica postula que o “homem delinquente, por suas anomalias orgânicas e psíquicas, hereditárias e adquiridas, constitui uma classe especial, uma variedade do gênero humano”, ou seja, é um ser anormal e mais ou menos insuscetível de adaptação à vida social.

Como observa Garofalo, a Escola Clássica só conhece dois termos, o delito e a pena, a sociologia criminal conhece três, o delito, o delinquente e o meio apropriado de defesa social (GAROFALO, 1890, p. 56-62).

Pelas conclusões dos integrantes desta escola penal, é visível a preocupação exclusiva com o delinquente, não sendo estudado abstratamente o crime em nenhum instante, distante a ideia, elementos e pressupostos da teoria geral do delito, tal qual a concebemos hoje.

### 3 Naturalismo ou positivismo legal

Reconhecido seu surgimento através do sistema Liszt-Beling, naturalismo-normativismo, na Alemanha, verifica-se a tentativa de reproduzir no sistema de Direito Penal, os elementos naturais do delito através do positivismo legal, afastando as concepções metafísicas atribuídas à Escola Clássica. Neste sentido, a ação é naturalística; a tipicidade é estritamente formal, a antijuridicidade é apenas lesão ao direito, a culpabilidade é psicológica, podendo-se dizer que o bem jurídico tem caráter natural-social.

### 4 Neokantismo

Tendo em Rickert, Lask e Radbruch seus maiores defensores, trás uma revolução no sistema e no método da ciência penal. Com esta teoria, instalou-se o juízo de valoração jurídica, onde o Direito é visto como ciência da cultura, isto quer dizer que seus valores são apriorísticos, isto é, os valores precedem o próprio conhecimento do homem. Esta valoração recai nitidamente sobre a teoria geral do delito, primordialmente sobre a ilicitude e a culpabilidade, ou se se preferir, nestes elementos do crime, houve a incidência de uma forte carga normativa. Nesta concepção, os elementos subjetivos e normativos do dolo foram identificados, e este, ao lado da culpa, integram também a culpabilidade, a antijuridicidade, que passou a ser vista também sob a óptica material, ou seja, é a mesma a efetiva lesão ao bem jurídico, e a culpabilidade que manteve o vínculo psicológico entre o agente e o fato, como acima visto, teve reconhecido o dolo e a culpa, elementos subjetivos.

### 5 Irracionalismo

Com a ascensão do regime nacional-socialista e do *führer*, preconiza-se que o bem jurídico não tem importância, voltando-se o Direito Penal essencialmente à figura do autor, chamado assim de Direito Penal do autor, levando-se destarte as condições do autor à ideia penal, descartando-se por inteiro a concepção de Direito Penal do fato. Não obstante, a concepção neokantiana, vista como produto do pensamento penal liberal, foi duramente criticada, materializando-se pois um sistema sob a perspectiva totalizadora e, em decorrência disso, a ciência penal foi

---

suprimida pelo irracionalismo, que na verdade e entre nós, não deixou de ser uma concepção, ainda que estranha aos ditames de liberdade e justiça.

## 6 Finalismo

Findada a 2ª Guerra Mundial, Welzel retoma seus estudos estruturais da teoria finalista da ação, iniciados na década de 30. As críticas de sua teoria recaíram sobre o neokantismo e suas concepções relativistas-valorativas-normativistas, erguendo destarte como resposta a toda uma estrutura em torno da ontologia. Em decorrência dessa premissa, o ser humano tem percepção e conhecimento acerca das situações da vida – realidade e valor, logo, tem capacidade de prever determinada medida a partir das bases de seu saber causal e as possíveis consequências de sua atividade. Resultado desta inovação filosófica, foi uma completa modificação do sistema penal, transportando o tipo subjetivo para junto do objetivo, depurando-se a culpabilidade que passou a ser puramente normativa, extraindo-se a consciência da antijuridicidade do dolo, permanecendo na culpabilidade.

O finalismo não ficou isento de críticas e uma das mais vorazes foi a de que seu ontologismo era o mesmo que o apriorismo neokantiano. Na realidade, a crítica não tem sua razão de ser, isto porque o apriorismo neokantiano presume-se a partir do conhecimento dos valores de forma absoluta, até mesmo em vista de estar amoldado o Direito Penal num sistema fechado, ao passo que o ontologismo recepciona o conhecimento relativo ou possível para o agente naquelas condições.

## 7 Funcionalismo

Estranho aos manuais brasileiros, o funcionalismo penal é trazido a nós pela obra de Claus Roxin em 1970, sendo formulado o programa de sistema penal orientado aos fins, para este autor, voltados à política criminal.

Originado na obra de Luhmann, o funcionalismo trabalha com categorias e expectativas dentro do contexto social, que se denominam de caráter contra-fático das normas, isto é, as normas são sempre associadas a um processo de comunicação social na qual um espera do outro que reaja de determinada maneira e a norma jurídico-penal tem justamente o sentido de fazer com que as pessoas aprendam a se relacionar de certa forma, a fim de evitar decepções quanto às expectativas dos cidadãos.

Assim, cada um espera de seu companheiro social que atue de uma maneira, e quando este companheiro social age de outra maneira, decepciona esta expectativa anterior e, conseqüentemente, o direito deve intervir para reassumir a confiança nesta formação hipotética de comunicação do povo, inclusive na confiança da expectativa. Especificamente, no tocante ao Direito Penal, reconhecem-se duas vias de atuação: a primeira cognitiva e a segunda normativa.

A via cognitiva representaria, no fundo, uma atuação para fazer com que a pessoa reaprendesse as suas funções sociais e, assim, pudesse conviver com os demais, respeitando as suas expectativas e atuando em conformidade com essas expectativas. Isso se daria através da imposição das chamadas medidas de segurança, quando ao agente fosse impossível, através de uma deficiência pessoal, orientar a sua conduta e conhecer as normas acerca desta e, assim, atender a essas expectativas de atuação frente aos demais companheiros sociais.

Para os funcionalistas, a imposição de pena tem o caráter de reestabilizar a norma, pois, se a norma tem como função justamente a garantia e o asseguramento destas expectativas, a pena teria a função de garantir a norma e, conseqüentemente, assegurar por via indireta essa expectativa.

No tocante à culpabilidade, o funcionalismo a entende como falta de fidelidade ao direito, quer dizer, o autor será culpado quando assim for considerado pela falta de motivação numa norma que tenha infringido pelo comportamento típico e antijurídico, na medida em que esta falta de motivação não possa ser desculpada sem que se veja afetada a confiança geral nessa norma. Da mesma forma que a ilicitude se configura através da realização do tipo de injusto, a culpabilidade consiste na realização do chamado tipo de culpabilidade, que tem como requisitos o fato de que o autor tenha se comportado antijuridicamente; que o injusto seja pressuposto da culpabilidade e que este seja imputável, isto é, ser dotado de capacidade de questionar a validade da norma; que deva ter agido sem representar o fundamento da validade da norma e; conforme algumas espécies de crime, que preencha alguns elementos que esta espécie de crime estabeleça como indispensável.

Diz-se, assim, que a função da culpabilidade funcionalista é meramente instrumental, servindo para afirmar a deslealdade do autor para com o direito e, com isso, autorizar a imposição da pena, ou afirmar que seu conteúdo está constituído no próprio processo de motivação no qual se afirma a deslealdade da norma.

A crítica que se faz ao funcionalismo e à própria culpabilidade funcionalista é da ausência de fundamento material, não tendo como fundamentar o juízo de censura.

Já no pensamento de Chaves Camargo, para se entender o Direito Penal funcionalista, este deverá ser visto em sua aplicação no interior de um determinado contexto social, ou seja, de acordo com um determinado contexto ou grupo social, o Direito Penal não interferirá, em que pese uma norma estar vigente e apontar para uma tipificação da conduta realizada, isto porque esta sociedade não interiorizou os ditames penais, não havendo, destarte, dissenso.

O funcionalismo penal, em poucas letras, pode ser entendido à luz da função que pode o Direito Penal desenvolver num determinado contexto social.

Para Roxin, toda a teoria geral do delito deve ser sistematizada a partir da função político-criminal. Mas este não é o único funcionalismo. Há outros sistemas, tais como o de Günther Jakobs, voltado à normatização de todos os conceitos penais, principalmente dos naturalistas; o de Winfried Hassemer,

---

voltado à integração do Direito com outros ramos da ciência social; entre outros movimentos como os de Wolfgang Frisch e Jürgen Wolter, voltados à imputação objetiva.

Em síntese mais do que abreviada, o funcionalismo afirma que o que precisa ser resolvido é sempre um problema do sistema social, e isto dá lugar a que seja objeto de crítica num duplo sentido: por um lado, a perspectiva das teorias puras da justiça e, por outro, a exclusiva referência funcional ao sistema social. Para completar o panorama, feita a afirmação de que para o desenvolvimento de regras jurídicas, ou seja, para o trabalho dogmático, a prestação externa do sistema jurídico deve ser tomada como pressuposto desde a perspectiva interna do sistema jurídico, isto se se quiser obter conclusões que não sejam meramente casuais. Todas as instituições dogmáticas dignas de menção no Direito Penal moderno, desde a imputação objetiva até o conceito normativo de culpabilidade, desde a possibilidade de excluir a responsabilidade no caso de desconhecimento da norma até a possibilidade de fundamentar a responsabilidade por ingerência, etc.; não poderiam ter-se desenvolvido desde uma perspectiva puramente interna ao sistema jurídico que não tivera em conta a função da normatividade jurídica. Com isso, “é possível que o funcional se tenha apresentado como justo” (JAKOBS, 1995, p. 12-13).

Importante ressalva, com amparo no mestre Bonn, de que a solução de um problema social através do Direito Penal tem lugar por meio do sistema jurídico enquanto sistema social-parcial; isto significa que tem lugar dentro da sociedade. Portanto, é impossível separar o Direito Penal da sociedade, pois ele constitui uma apresentação da sociedade altamente expressiva; por outro lado, sobre a base de outras partes da sociedade, cabe derivar conclusões bastante viáveis sobre o Direito Penal.

Nesta concepção, existe uma dependência recíproca entre a sociedade e o Direito Penal, isto é, cabe pedir ao Direito Penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social, do mesmo modo que inversamente, o Direito Penal pode recordar a sociedade que se deve ter em conta certas máximas que se consideram indisponíveis. De qualquer forma, o Direito Penal só pode intervir onde haja dissenso. Corolário do funcionalismo de Wolter é a definição que este faz do conceito de injusto nos delitos de resultado, como sendo a criação de um risco proibido pelo ordenamento jurídico junto com a produção da lesão de um bem jurídico baseado naquele risco (SCHÜNEMANN, 1991, p. 67).

## CONCLUSÃO

O estudo do pensamento jurídico-penal é de suma importância para a compreensão dos problemas advindos de uma sociedade pós-moderna. Com os conhecimentos penais obtidos ao longo da evolução humana, é possível com reflexão optar-se por um método que possa satisfazer aos anseios de uma sociedade.

Agrava-se o problema ainda mais, quando uma ciência, no caso o Direito Penal, não segue uma coerência com os seus postulados, optando por uma ou outra teoria filosófica. O resultado da confusão metodológica se verificará com os embates doutrinários e dissídios jurisprudenciais, tornando incerto ou duvidoso, a real aplicação dos postulados inerentes de um Estado Democrático de Direito.

A meu ver, deve o sistema penal não simplesmente optar por um dos métodos existentes ou aproveitar-se das experiências e resultados conseguidos por outros países, em tese, mais privilegiados culturalmente; deve sim racionalmente optar pelo seu regime e ser fiel a ele, afastando, em qualquer hipótese, o Direito Penal retórico ou simbólico ou pragmático, considerando que está mais do que provada a inconsistência deste em discutir materialmente os problemas aflitivos do Direito Penal, mormente rumo ao século XXI.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As três escolas penais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1952.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

BUSTOS RAMÍREZ, J. **Introducción al Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1994.

GAROFALO, Raffaele. **La criminologie**. Paris: Félix Alcan, Éditeur, 1890.

GÜNTHER, Klaus. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM, 4., 1999, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1999.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación**. Tradução Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

LOMBROSO, Cesare. **L' uomo delinquente**. 3. ed. Torino: Fratelli Bocca Librai di S.M., 1884.

MIR PUIG, S. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976.

MORILLAS CUEVA, L. **Metodología y ciencia penal**. Granada: Universidad de Granada, 1993.

SCHÜNEMANN, B. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1991.





# PROCESSO E DEMOCRACIA: A DEVIDA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA PRODUÇÃO DAS LEIS

## Process and Democracy: the due popular participation in law production

*Adriana Marques Aidar<sup>1</sup>*

### Resumo

O presente estudo foi realizado na tentativa de demonstrar aos leitores a íntima relação entre processo e democracia. Para isso, abordamos o desenvolvimento histórico, conceitos e correlações entre os referidos temas, de modo a comprovar que o processo é o meio mais eficaz de exercício da cidadania e que só através dele poderemos resgatar a importância da participação popular na instituição do Estado Democrático.

**Palavras-Chave:** Processo. Democracia. Estado Democrático.

### Abstract

*The present study was accomplished in the attempt of demonstrating the readers the intimate relationship between process and the democracy. For that we approached the historical development, concepts and correlations among them referred themes, in way to prove that the process is the most effective way of exercise of the citizenship and that only through him can rescue the importance of the popular participation in the institution of the Democratic State.*

**Keywords:** Process. Democracy. Democratic State.

## INTRODUÇÃO

Pretende-se, neste estudo, demonstrar a associação entre processo e democracia visando trazer a lume a dimensão política do processo jurisdicional e apresentar os vínculos que o direito mantém com as demais esferas do Estado.

Falar de democracia é abordar um dos temas mais importantes e gerais da atualidade. O termo é utilizado pelas mais diferentes pessoas e na abordagem dos assuntos mais diversos e, com o passar do tempo, temas como liberdade, igualdade, direito, Estado e democracia foram lançados a um mesmo lugar comum, perdendo suas designações e seus sentidos originais, passando a servir a senhores diferentes. (COSTA, 1987, p. 7).

Propõe-se, nesta pesquisa, buscar ao longo da história algumas das mutações que os conceitos de democracia e Estado sofreram, bem como analisar as nuances

---

<sup>1</sup> Advogada. Especialista em Direito Processual pela Universidade de Uberaba. Especialista em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e Mestre em Filosofia Política pela Universidade Federal de Uberlândia.

---

que adquiriram, objetivando chegar à ideia de Estado Democrático de Direito e de sua realização através do processo.

Rosenfield (1989), em seus estudos sobre democracia, ressalta que a questão central enfrentada pela democracia moderna “é a de que, no seu modo de funcionamento, ela permanece um governo de minoria, na medida em que as suas leis e instituições não são vistas e apreciadas pela maioria dos cidadãos como expressão do bem comum”.

O autor continua sua exposição levantando o cerne de nossa discussão, quando diz que “o Estado democrático é, por assim dizer, um sistema político composto de múltiplas dimensões que se desenvolvem em diferentes níveis de profundidade. O seu ser é processual”. (ROSENFELD, 1989, p. 33).

Bobbio (1989, p.131), em seu livro *O futuro da democracia*, mostra-nos que o

poder que faz de um soberano um soberano, que faz o Estado surgir da sociedade composta de partes em mutáveis e efêmeras relações entre si, é o poder legislativo (...). O que assegura a unidade do todo é a lei.

É o direito que faz o rei, e não o contrário.

O estudo de Habermas também reforça esse entendimento quando diz que “subsiste não apenas uma relação historicamente casual entre a teoria do direito e a teoria da democracia, mas também uma relação conceitual ou interna”. (HABERMAS, 2002, p. 287).

Trata-se de trazer ao debate o compromisso ético-político que todos os cientistas do direito devem ter com a democracia. Não se pretende, entretanto, atribuir ao direito uma função messiânica ou patrocinar ações afirmativas promovedoras de justiça social, como condena Leal (2003, p. 43-50), ao contrário, trata-se de evitar que o processo<sup>2</sup> deixe de ser um espaço democrático de discussão de direitos e, principalmente, de abandonar o princípio de que é na democracia que o povo possui responsabilidades perante sua própria comunidade. (MULLER, 2000)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Aqui entendido segundo a concepção da Teoria Neo-institucionalista que o define como instituição regencial do procedimento, em que a jurisdição é instrumento do processo, aberto a qualquer do povo, garantindo assim uma fiscalidade do controle procedimental de constitucionalidade e englobando a hermenêutica mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

<sup>3</sup> A legitimação desta democracia em que vivemos não pode ser realizada hoje, uma vez que o povo do qual falaremos tanto ainda não possui real participação neste processo. Para um estudo mais amplo sobre este tópico, remete-se o leitor ao livro de Friedrich Muller: “Quem é o povo?”.

## 1 Democracia e Estado

Etimologicamente, a palavra democracia significa “governo do povo”. Sabe-se, entretanto, que seu conceito carrega novos significados e contradições na medida das necessidades da sociedade em que é praticada. Essa metamorfose gera extrema confusão, quando os estudiosos se propõem a um estudo mais profundo das modificações sofridas por outro conceito bastante conhecido: o de Estado.

Um exemplo bastante atual do uso indiscriminado e confuso de ambos os termos é o das guerras contra o “terrorismo” islâmico.

Segundo Costa (1987, p.8):

a confusão se acentua quando se usam como sinônimos de democracia a segurança nacional e a ordem pública. Em defesa desses sinônimos, os governos se armam militarmente ao mesmo tempo em que são organizados movimentos que pregam o desarmamento [...] convocam-se eleições e cancelam-se eleições, aumenta-se a burocracia estatal ou criam-se meios de desburocratização.

Evitando-se interpretações equivocadas, analisar-se-á a evolução histórica do Estado e da própria democracia, segundo as mais diversas formas políticas, iniciando o caminho baseando-nos no conceito de democracia cunhado pelos gregos, que deixaram como legado uma democracia enquanto forma de organização social e política.

### 1.1 Democracia e Estado na Antiguidade

Observamos nos textos de Sócrates, Aristóteles e Platão que o fenômeno político das relações sociais vai ser mediado por um modelo que se institucionalizava gradativamente a partir da ideia de competências naturais de agir e de obedecer a ordens advindas de lugares oficiais de representação popular. A democracia, como conhecemos hoje, é mais uma das reinterpretações dadas a esse espaço de tempo vivido pela história grega (COSTA, 1987, p. 10).

Para a Grécia daquele tempo, a democracia não foi nada além de uma forma de organização política da cidade de Atenas. A riqueza comercial e o militarismo ateniense deram origem a novas classes que se sublevaram contra os princípios tradicionais que asseguravam o poder apenas à aristocracia. Nesse contexto, Sólon legislou de forma democrática, conciliando as referidas classes, garantindo a todos os homens livres a cidadania (COSTA, 1987, p. 11).

Entretanto, cabe ressaltar que a “*demokratia*” – *poder do povo* – não extinguiu a hierarquia daquela sociedade e muito menos a escravatura. Do povo eram excluídos as mulheres, os escravos, os servos, os pastores e os estrangeiros. Por serem os cidadãos apenas cerca de 10% da população, a votação dos projetos era direta. Na ágora, cada membro expressava oralmente suas ideias e levantava a mão para a contagem dos votos.

---

Costa ressalta que na Grécia “a cidadania dependia, além dos critérios seletivos, da adequação do indivíduo ao princípio básico que defendia, antes de qualquer coisa, aos interesses da cidade, sua autonomia, soberania e prosperidade”. (COSTA, 1987, p. 21-22).

Foi com os gregos que se instalou “a noção laica de Estado com interesses convergentes e superiores aos anseios dos grupos particulares”. É nesse momento histórico que vemos surgir o “agir a bem da vida pública” que conhecemos hoje.

Apesar do que se pode fazer crer à primeira vista, a Grécia não era só a cidade de Atenas. Havia outras cidades-estado importantes como Corinto, Argos, Tebas e, principalmente, Esparta. Frente aos ideais atenienses de liberdade e democracia, a cidade de Esparta representou os valores da austeridade, do espírito cívico e militar, da igualdade social e da submissão total do indivíduo ao Estado. Tais cidades guerrearam entre si, mas juntas também empreenderam lutas contra inimigos comuns. É no meio de suas intermináveis divergências e guerras que uma Grécia enfraquecida se viu no meio da campanha colonialista romana.

Como todo sistema político, a democracia grega também estava sujeita ao declínio e, ao querer se expandir e estabelecer a harmonia interestadual, acabou por pedir auxílio aos romanos. Esse foi o início do fim. As lideranças da Grécia enfraqueceram-se e a tão proclamada independência política não existia mais.

Em suas campanhas, os romanos pretendiam unificar povos e culturas. Nesse processo desenvolveram várias formas de governo: a oligarquia, o militarismo, a realeza e também a república. Ao escolher essa denominação, tentavam demonstrar que, de forma semelhante à Grécia, os interesses do Estado sobrepujam-se aos interesses de qualquer minoria. Ainda como na democracia, conservaram um conceito restritivo de cidadania em que apenas a nobreza e as chefias militares possuíam responsabilidade em relação à ordem pública. Era em nome da *res publica* que existiam os privilégios do cidadão.

Costa (1987, p.27) destaca que, de fato,

o cidadão agia em favor do bem público e não defendendo os mesquinhos privilégios de sua condição de patrício, de proprietário de fortunas. Era aí, cônsul, senador, magistrado e, como tal, defendia uma causa comum a toda a sociedade romana.

Os romanos deram, dessa maneira, crescente força à coisa pública ou ao Estado e, em nome deste, submeteram os interesses particulares.

## 1.2 Rumo ao Estado Moderno

Com a queda do Império Romano do ocidente, em 476 d.C., ruíram também os grandes projetos da Antiguidade. Em substituição à *res publica* (característica mais marcante daquele sistema) tem-se, então, a *res celestial*. Nesse período,

a Igreja Católica empreendeu uma nova campanha oferecendo aos pobres e desvalidos a possibilidade de uma salvação que transcendia os limites da matéria. Para a imensa população de excluídos, a religiosidade parecia a melhor saída e, além disso, a Igreja ainda viabilizava o ensino do trabalho agrário, dando-lhes uma nova chance de recomeço.

Sob a égide do catolicismo, a Europa entra na Idade Média e desenvolve uma nova forma de organização política: o feudalismo. Nos feudos desaparece o comércio e a moeda. Neles vê-se que os donos do poder passam a ser aqueles que detinham a propriedade das terras e que os demais do povo se mantêm como vassalos ou servos conforme a relação que mantinham com as terras de seu senhor.

As cidades, anteriormente tão importantes, perdem sua expressividade e o Estado torna-se uma ideia distante. Da mesma maneira, também “o cidadão desapareceu junto com a debilidade da *pólis*. E, em lugar dele, a doutrina cristã propagava, entre os homens, a noção de criatura extensiva a toda a humanidade”.

A eles cabia obediência e resignação e eram doutrinados de modo a aceitar a espera da redenção e do paraíso, onde as injustiças que sofriam na Terra seriam sanadas. Essa imagem, reforçada pela Igreja, criava nas pessoas uma atitude servil, em que reinava a apatia e a total falta de senso crítico. Qualquer atitude crítica em relação aos princípios religiosos, que a Igreja defendia, era tida como heresia. Como consequência do temor religioso, as contendas políticas existentes se limitavam a desavenças entre os senhores feudais.

Nesse ínterim, além de acumular poder e influência religiosa, a Igreja acumulou também poder terreno na forma de grandes propriedades territoriais, riquezas, em geral e, é claro, poder político. Uma aliança entre a Igreja e a nobreza se formou nesse período e durou por muito tempo.

É só no início da Idade Moderna que se visualizou o renascimento do comércio, sendo este promovido pelos burgueses - aqueles que deixaram os feudos em busca das cidades há muito esquecidas. Isso só foi possível porque as principais vias marítimas, antes dominadas por normandos e turcos, estavam, finalmente, livres.

Pioneiros no retorno às cidades, os burgueses tiveram todas as oportunidades para ganhar muito dinheiro. Enquanto a burguesia enriquecia e acumulava poder, a nobreza e o clero se viam em uma situação delicada, pois toda a riqueza material se concentrava nas cidades. O anseio burguês pelo poder afrontava tanto o clero quanto os nobres, já que consideravam a presença burguesa herética e responsável pela fuga dos camponeses dos feudos, causando consequente escassez de mão de obra.

É justamente nesse contexto que a nobreza vê-se propondo alianças aos burgueses. Nesses acordos a riqueza dos comerciantes se alia à linhagem dos nobres realizando, dessa maneira, a divisão de privilégios que interessaria a ambos os lados. Costa (1987) comenta que assim se dava o pensamento da burguesia ao defender “a ideia de que o valor de um homem está na sua capacidade de ação de enriquecimento e não na sua linhagem, mas resguardava um princípio básico da nobreza – o da propriedade privada e de sua transmissão por herança”.

---

Garantida a propriedade privada e a transmissão da mesma por herança, satisfizeram-se os nobres. Dispostos a apoiar os ideais burgueses, passaram a explorar suas terras, buscando o lucro e acumulando esforços para a indústria urbana. A aliança terminou por agradar aos reis, que tinham dificuldade para governar sobre a nobreza feudal, e no processo de barganha política, os governantes criaram instâncias políticas em que os burgueses eram representados, como o Parlamento inglês e os Estados Gerais da França (COSTA, 1987, p. 44).

Estava criado o mito da nacionalidade e ressurgia um conceito de povo que era definido como toda a população inserida nos contornos das nações e sob a jurisdição do Estado. No entanto, a população se mostrava cada vez mais hierarquizada e os pobres só eram considerados como pertencentes ao povo em razão de serem criaturas cristãs (COSTA, 1987, p. 45). A qualidade de “ser do povo” era atribuída pelo próprio Estado e, dessa maneira, era utilizada conforme a necessidade.

Todo esse movimento deu origem novamente a um tipo de Estado laico, que buscava a liberdade do homem na sua maneira de pensar (contra os dogmas religiosos) e na maneira de conduzir seus negócios (buscando o lucro). Queria-se garantir a possibilidade de ascensão social a todos aqueles que a merecessem.

É claro que o regime absolutista freava as aspirações burguesas como podia, porém ainda não era a hora para os burgueses. Ainda havia necessidade de se doutrinar a sociedade rumo ao capitalismo e, para isso, precisava-se dos reis e seu alcance.

Era a democracia liberal que se consolidava e, quando os reis já não eram mais necessários, conheceram a força das revoluções burguesas. Bobbio (1989, p.115) definiu a formação do Estado liberal como a “emancipação do poder político do poder religioso e, de outro modo, como emancipação do poder econômico do poder político”.

Calmon de Passos (1988, p.88) completa o pensamento colocando que a

laicização do saber e a dessacralização da história levaram à concepção antropocêntrica que culminou por gerar, também, consequências políticas das quais a democracia moderna é um de seus mais ricos frutos.

### **1.3 A transição para o Estado Constitucional**

A luta contra as monarquias absolutistas teve como acontecimento mais expressivo a Revolução Francesa e se cristalizou com a elaboração das chamadas constituições nacionais, baseadas nas Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão. Passava-se do Estado absoluto ao Estado constitucional.

Para Bobbio, através da concessão da liberdade econômica, o Estado acabou por conservar apenas o “monopólio da força legítima - legítima porque regulada pelas leis - cujo exercício, porém, está limitado pelo reconhecimento dos direitos

do homem e pelos vínculos jurídicos que dão origem à figura histórica do Estado de direito”. (BOBBIO, 1989, p. 115). Tinha-se, então, um Estado com soberania reconhecida, mas totalmente submisso aos princípios do capitalismo. Garantia-se a igualdade dos homens perante a lei, liberdade de expressão e crença e direito à cultura e à instrução e organização políticas, bem como declarava o fim da escravidão e da servidão. Apesar de tudo, o proletariado - que se uniu ao ideal burguês na revolução - viu-se traído e mais relegado ao ostracismo do que nunca, não enxergando possibilidades para efetivar seus direitos.

Consolidadas as bases da democracia liberal representativa temos, segundo Passos (1988, p.90), um

Estado Democrático nascido na revolução americana e da revolução francesa, elegendo a forma representativa parlamentar, de exercício do poder político como a viável, institucionalizou-se à base da chamada teoria da divisão dos poderes e do sistema de freios e contrapesos. O povo soberano, impossibilitado do exercício direto do seu poder, escolhe (elege) representantes seus que, como mandatários, vão exercer, em nome do povo, o poder que a ele povo unicamente pertence. A lei relevava-se como a mais avançada e racional forma de o povo expressar, de modo genérico, abstrato e prévio as regras da convivência social. Editada por intermédio de seus representantes, fixa os limites da atuação de todos, inclusive de órgãos do poder público. Institucionalizava-se, portanto, um Estado de Direito, submetido à lei como qualquer indivíduo em nome do povo editando leis e em nome dele fazendo-as cumprir.

Del Negri esclarece que o Estado Liberal “foi modificado ao longo do tempo e, como consequência, distanciou-se de seu modelo clássico”.

Diz ainda que nesse Estado

os direitos políticos eram, em sua primeira fase, o direito político do proprietário de terras, o que originou o voto censitário, posteriormente evidenciado pelo sufrágio universal, direito ao voto exercido somente pelos homens o que demonstra a ausência de legitimidade na formação do Direito. (DEL NEGRI, 2003, p. 21).

A característica mais marcante dessa forma de Estado era a liberdade econômica. Segundo o princípio da não intervenção do Estado na economia, era estimulada a livre concorrência. O mesmo autor ainda segue explicando que

não havendo essa intervenção, o grande capital, que é inimigo do liberalismo, fez com que o Estado liberal entrasse em crise com os quadros de exploração dos seres humanos, como os relatados à época da

---

Revolução industrial, situação que gerou a pobreza, o descontentamento e o aumento da desigualdade. (DEL NEGRI, 2003, p. 21).

Esse sistema capitalista deixaria entrever o comprometimento entre o político e o econômico e dos dois com o jurídico, derruindo, como ressalta o autor Calmon de Passos, “a crença na racionalidade da lei como expressão da vontade popular. Por seu turno, a revisão do mito da neutralidade do juiz desmistificaria o seu alheamento do processo de produção jurídica e seu descomprometimento político”. (CALMON DE PASSOS, 1988, p. 91).

Em várias instâncias, observava-se a necessidade de algum tipo de intervenção. Vê-se, a partir da Primeira Guerra Mundial, a passagem do Estado Liberal para um novo modelo, o Estado Social – *Welfare State* – culminando no surgimento das chamadas Constituições Sociais, quais sejam México, 1917, e Weimar, 1919. A ideia da manutenção do espírito capitalista acima de tudo e de todos já não mais lograva êxito entre a população, e a Igreja se manifesta a favor dos pobres, incentivando o lado social da administração estatal (Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII) (DEL NEGRI, 2003, p. 22). Estavam dadas as bases para a que foi chamada democracia social, em que

o Estado abandona sua postura liberal, deixando de ser mero guardião das liberdades políticas para se tornar protagonista no cenário econômico. As bases políticas se ampliam, o sufrágio é, agora, universal, novos atores ingressam na cena política e novas demandas se colocam no mercado político. O social se expande, em detrimento do individual, a autonomia privada retrocede sob o impacto do dirigismo contratual, surgindo novas figuras negociais em que o conteúdo dos contratos é quase todo subtraído ao poder dispositivo dos contratantes. O coletivo se faz presente no processo econômico e no processo político, transformando-se rapidamente a antiga sociedade de vizinhos em sociedade de massa. (DEL NEGRI, 2003, p. 91).

Ainda mostra que “esse novo paradigma efetivou-se através de um Estado intervencionista, preparado em estimular o crescimento e desenvolvimento das inúmeras atividades ligadas às áreas de saúde, educação, cultura, família e previdência social”. (DEL NEGRI, 2003, p. 22).

Trata-se de uma tentativa de substituir os ideais individualistas do Estado Liberal, criando um Estado mais presente e atuante, responsável pela produção de bem-estar – *welfare* – à sociedade (DEL NEGRI, 2003, p. 23). No mesmo sentido, porém reforçando o sentido propagandista da postura estatal, Bobbio afirma que “a passagem do estado liberal para o estado social é assinalada pela passagem de um direito com função predominantemente protetor-repressivo para um direito cada vez mais promocional”. (BOBBIO, 1989, p.112).

Martinez (2004) acredita que o modelo do Estado social é datado, pois deveria



“servir de anteparo ao desenvolvimento do bloco socialista durante o período da Guerra Fria e, por isso, sucumbiu junto à queda do muro de Berlim”.

No entanto, o que se tem não é uma forma de Estado datada, mas sim, um modelo que foi sufocado por seus próprios vícios. Bobbio (1989, p. 117) cita alguns deles como a “burocratização, perda das liberdades pessoais, desperdício de recursos e má condução econômica”.

A história mostra que essa nova tentativa de legitimação do poder político acabou conduzindo à opressão e ao estreitamento das liberdades individuais, colocando em xeque o mito da eficiência e da vocação do Estado para conseguir responder a todas as demandas sociais.

Tais fraquezas acabaram por estimular um movimento que reivindicaria novamente as vantagens das políticas de mercado contra o Estado social intervencionista: o neoliberalismo, em que o capitalismo é tido como um mal menor. Bobbio (1989, p. 117) ressalta que “seria possível interpretar a redescoberta do liberalismo como uma tentativa de revanche do liberalismo *real*, dado por morto, contra o socialismo *real*, nas suas duas únicas versões históricas: a social democracia, que produziu o estado do bem-estar, e o comunismo”.

Ressalta, ainda, que “a crise do estado assistencial é o efeito do contraste entre o empreendedor econômico que tende à maximização do lucro e o empreendedor político que tende à maximização do poder através da caça aos votos”. (BOBBIO, 1989, p. 125).

Demonstradas algumas das mudanças políticas, econômicas e conceituais mais importantes pelas quais o Estado passou nos últimos séculos, podemos retornar ao paradigma que interessa ao nosso estudo, qual seja, o do Estado Democrático.

Para Dallari “a base do conceito de Estado Democrático é a noção de governo do povo” e seu surgimento se deu “nas lutas contra o absolutismo e na afirmação dos direitos naturais da pessoa humana”. (DALLARI, 2002, p.147).

Tais lutas - Revolução Inglesa, Revolução Americana e Revolução Francesa - deram-se entre o século XVII e XVIII, o que não significa, entretanto, que o conceito se perdeu naquela época. Nas palavras do referido autor, “durante o século XIX a aspiração ao Estado Democrático vai-se definindo, até se transformar, já no século XX, num ideal político de toda humanidade”.

O que há de se notar é que tal conceito permaneceu resistente durante esses últimos séculos, porém sofrendo mutações e adequações ao longo do tempo, acompanhando cada modificação das formas de Estado. Foi utilizado inclusive por aqueles que governavam em regimes despóticos que proclamavam o ideal democrático em nome de suas causas estereis. A realização dos valores individuais através do ideal de igualdade entre os homens e da liberdade para todos os cidadãos (desde que em conformidade com a liberdade dos demais) se perdeu.

---

## 1.4 O Estado pós-moderno

Pode-se facilmente constatar que os Estados não são estáticos e derivam de um processo histórico. E, justamente devido a esse dinamismo em sua construção, tem-se que a transição do Estado moderno para um Estado pós-moderno ainda não se deu completamente. Assim, não se pode dizer que temos implantada uma nova forma de Estado.

Existe uma dificuldade no enfrentamento de questões como a implementação efetiva dos dispositivos constitucionais e as novas formas de exercício da democracia. Segundo o pensamento de Leal (2005, p.49-50), “atualmente, a concepção de Estado de Direito não basta ao exercício do Direito. (...) O Estado que se tem que estudar, aperfeiçoar e implantar é o da pós-modernidade: é o Estado Democrático de Direito”.

Deve-se, portanto, evitar a irreflexão tão comum aos pesquisadores, no século XX, ou seja, evitar afirmar a existência de uma superação total da modernidade, pois, segundo Hobsbawm (1995, p.282):

quando enfrentam o que seu passado não as preparou para enfrentar, as pessoas tateiam em busca de palavras para dar nome ao desconhecido, mesmo quando não podem defini-lo nem entendê-lo. Em determinado ponto do terceiro quartel do século, podemos ver esse processo em andamento entre os intelectuais do Ocidente. A palavra-chave era a pequena preposição “após”, geralmente usada na forma latinizada “pós” ou “post” como prefixo para qualquer dos inúmeros termos que durante algumas gerações foram usados para assinalar o território mental da vida no século XX. O mundo, ou seus aspectos relevantes, tornou-se pós-industrial, pós-imperial, pós-moderno, pós-estruturalista, pós-marxista, pós-Gutenberg, qualquer coisa.

Ao se trabalhar com a construção de um novo paradigma, pouco pode ser presumido e dado como imutável, mas alguns aspectos podem e devem ser reafirmados sempre, como o fato de não se admitir “por parte do Estado nenhum tipo de sobressaltos e afronta aos direitos fundamentais, pois é ele, senão, o próprio lugar de garantia jurídica da legalidade e legitimidade”. (DEL NEGRI, 2003, p. 26).

## 2 O Estado de Direito, Estado de Direito Democrático e Estado Democrático de Direito

Ao se falar de Estado, ainda que indiretamente, fala-se em ordem jurídica. Para alguns estudiosos, Estado e Direito se confundem<sup>4</sup>. Para outros, são realidades distintas<sup>5</sup> e para outros tantos<sup>6</sup>, são sim diferentes, porém de forma interdependente. É plausível e coerente dizer que a legitimidade do Estado está no reconhecimento da legitimidade de suas leis, que é também uma maneira de ambos se relacionarem.

Não lhe é essencial a forma democrática, como também se pode pensar. Há, ao longo da história, diversos exemplos de Estados que possuíam formas despóticas e ditatoriais ou totalitárias igualmente recepcionadas por seus ordenamentos jurídicos.

Utilizando uma concepção superficial e mais generalista, pode-se entender o Estado de Direito como aquele em que os poderes públicos são regulados por normas gerais e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam. Tal definição deixa claro que em nenhum momento é necessário que a esfera de ação mencionada precise ser democrática. Ao contrário, pode, inclusive, ser autocrática.

Habermas, defendendo esse posicionamento, diz que “Estado de direito e democracia apresentam-se para nós como objetos totalmente diversos” e prossegue esclarecendo que

como todo domínio político é exercido sob a forma do direito, também aí existem ordens jurídicas em que o poder político ainda não foi domesticado sob a forma do Estado de direito. E da mesma forma há Estados de direito em que o poder governamental ainda não foi democratizado. (HABERMAS, 2002, p. 285).

Atentando-se para o fato de que mesmo que a separação entre Estado de Direito e democracia seja totalmente viável e possível, não significa que, nos tempos atuais, ela seja aceitável.

Vieira explora esse viés do pensamento habermasiano que trata “da origem democrática do direito, isto é, o surgimento da legitimidade dos direitos humanos e da soberania popular do próprio estabelecimento democrático da legalidade”. Explora, ainda, em sua pesquisa, a preocupação de Habermas em “resgatar a

<sup>4</sup> Hobbes, Hegel, Austin, Jellinek e Kelsen, assim o acreditam. Este último, por exemplo, acreditava que uma vez resolvido o Estado em seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de direito.

<sup>5</sup> Buscar em Leon Duguit.

<sup>6</sup> Ver o trabalho de Giorgio Del Vecchio.

---

gênese democrática do Direito” e de “responder uma questão mais profunda e que se consubstancia na tentativa de reconstituir e entender o dilema que acompanha a história do direito na modernidade e que pode ser subscrito nos conflitos entre as dimensões da facticidade e validade, a positividade e legitimidade das normas jurídicas estatais”.

Vieira (2001, p.26) demonstra que, segundo Habermas,

esta tensão só se desfaz quando a população assume conscientemente a responsabilidade pela criação dos direitos, investindo-se legitimamente na titularidade e autoria do direito, especialmente através da implementação de práticas políticas na sociedade civil que visam reconquistar os espaços de liberdade perdidos e os direitos ameaçados.

Ainda esclarecendo a existência de duas expressões que, à primeira vista, podem parecer equivalentes (para alguns não há qualquer diferenciação semântica, para outros há uma total inversão de significado), passamos agora a discorrer sobre Estado de Direito Democrático e Estado Democrático de Direito.

A expressão Estado Democrático de Direito é amplamente utilizada e nossa Constituição mesma, em seu preâmbulo, institui um “Estado Democrático” e em seu artigo 1º dispõe que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* (grifo nosso)”.

Del Negri, baseando-se nas abordagens de Hans Kelsen, considera ser preferível utilizar a expressão “Estado de Direito Democrático (...) porque todo Estado, seja ele autocrático ou não, poderá ser um Estado de Direito” e prossegue dizendo que “a democracia deve aparecer como uma espécie de qualidade, de característica, de paradigma adotado pela Constituição, pois democrático é o Direito e não o Estado”. (DEL NEGRI, 2003, p.23).

Quando além de um Estado de Direito há democracia, estaremos diante de uma nova forma, qual seja, a do Estado de Direito Democrático. Para Leal (2005), quando se fala em Direito Democrático tem-se que dizer que “o direito ruim, bom, certo ou errado, há de ser produzido pelo *povo* diretamente (espaço político-jurídico processualmente aberto)”.

Leal (2005, p.71) continua explanando que

não há realidade devida fora da existência legal. Quando a realidade está em oposição ou em suprimento à existência legal, tal fenômeno não inferioriza a lei, mas, ao contrário, indica a ausência de democracia plena e constituída pelo obstáculo de vedar ao povo, processual e oportunamente, construir suas leis ao longo de sua existência jurídica.

Aprende-se, dessa maneira, a importância do direito e, mais especificamente, da existência, dentro de nosso ordenamento jurídico, de um processo realizado sempre através dos cânones do contraditório e da simétrica paridade (assegurada aqui a diferenciação de processo e procedimento mediante a observação dos parâmetros citados), em um Estado que se proponha democrático<sup>7</sup>.

### 3 Processo e Democracia

Desse modo, levando em consideração a abordagem feita até o presente momento, e ainda segundo o que expõe, acertadamente, Calmon de Passos, não é de forma alguma despropósito realizar a associação entre democracia e processo. Segundo o jurista, “com este relacionamento, pretende-se, justamente, denunciar a necessária dimensão política do processo jurisdicional”. (CALMON DE PASSOS, 1988, p. 83-84).

A efetividade desse Estado Democrático até o momento envolve de forma direta uma definição firme e adequada ao processo, como uma organização política que seja ajustável à função jurisdicional. Tais requisitos são exigidos, visto que “o meio por que se vale o poder político de formular o direito é o processo, em suas várias manifestações”. (CALMON DE PASSOS, 1988, p. 86).

Tratar-se-á, em específico, do processo *legislativo* por nós destacado como o melhor veículo para o exercício efetivo, pela população, da cidadania da qual tanto se fala. E é no Estado Constitucional que observaremos esse processo racional em que o povo pode pôr à prova o direito, de forma a não restar dúvidas acerca de sua legitimidade.

Habermas (1995, p. 92 *apud* DEL NEGRI, 2003, p.45) já definia o referido Estado constitucional como “uma ordem política livremente estabelecida pela vontade do povo de modo que os destinatários das normas legais podem, ao mesmo tempo, se reconhecer como os autores da lei”.

De acordo com Vieira (2001, p.26), nesse entendimento

o direito não pode ser concebido como um sistema jurídico fechado que se auto-legitima através de procedimentos formais e da vontade da maioria parlamentar, como postulam as teorias positivistas e sistêmicas. A participação popular no processo de elaboração das leis é uma conquista histórica da modernidade e demonstra o grau de dependência do direito com relação à democracia.

<sup>7</sup> Rousseau já dizia que uma sociedade só viria a ser realmente democrática caso não houvesse nela alguém tão pobre que tivesse necessidade de se vender e ninguém tão rico que pudesse comprar um outro alguém. O que aufere, com um estudo aprofundado do instituto do processo, é que observadas corretamente nossas disposições constitucionais, poder-se-ia minimizar as dificuldades de implantação de um sistema democrático que atenuasse as desigualdades sociais.

---

Complementando a ideia de participação do povo na vida pública, Vieira, em 2001, cuida de demonstrar que o pensamento de Hannah Arendt comunga com o de Habermas, acreditando que

a práxis livre surge do agir em conjunto dos homens, na esfera pública da política, quando estes podem discutir seus problemas e tomar decisões conjuntas, compartilhando a experiência da igualdade e da felicidade pública, através do exercício da cidadania (VIEIRA, 2001, p. 10-11).

Espera-se um Estado em que exista uma democracia discursiva da construção das leis, e em que todos os cidadãos tenham condições de participar efetivamente dessa construção, afastando de uma só vez a ideia nefasta de que os conteúdos da lei são e devem ser inacessíveis ao povo.

Tratar-se-ia, portanto, de evitar a todo custo que essa instância se tornasse um espaço onde aconteceriam apenas diálogos entre especialistas. Rosemiro corrobora na discussão, esclarecendo que devemos dar, desta maneira, especial direcionamento ao estudo de uma

esfera de *elaboração* da lei, cuja fonte, no Estado de Direito Democrático, não estaria na ficção da norma fundamental Kelseneana, na onisciência da jurisdição rosseauana ou no hartismo carismático do reconhecimento do intérprete, porque o que se tem a dizer em nível de Direito Democrático é que o direito ruim, bom, certo ou errado, há de ser produzido pelo *povo* diretamente (espaço político-jurídico processualmente aberto). (LEAL, 2005, p. 70-71).

O ideal seria vislumbrar, então, o povo recriando, afirmando, negando, debatendo, discutindo, transformando, substituindo, destruindo ou reafirmando o direito (VIEIRA, 2001, p. 16).<sup>8</sup> Ao Estado restaria apenas o papel de ente instituído pela lei, estando a serviço dela (LEAL, 2005, p. 72).

É imperativo o cuidado para que não se acredite que basta àqueles que se dizem cidadãos contentarem em ser apenas uma das engrenagens de uma forma de

---

<sup>8</sup> O pensamento habermasiano também adentra por esta seara, preconizando que a democracia deve existir como um processo social e político, exercido em múltiplas instâncias e arenas de deliberação pública, não ficando assim, preso aos muros da academia e a orientações sábias e paternalistas dos intelectuais (...). O pensador de Frankfurt julga que as posturas elitistas prejudicam os processos de integração social e a continuidade das práticas solidárias necessárias a manutenção da sociabilidade democrática.

Democracia que se diz participativa - mas que, em uma perspectiva weberiana<sup>9</sup>, limita-se a definir o direito como aquilo que o legislador estabelece ser o direito -, desde que satisfeitas todas as condições necessárias ao procedimento de feitura das leis (DEL NEGRI, 2003, p. 43).

Existem aqueles que advogam ser impossível ao cidadão participar de uma forma mais efetiva das Democracias chamadas de grande escala<sup>10</sup>, afirmando ser a representatividade (BOBBIO, 1994, p. 34)<sup>11</sup> a única solução possível.

Santos, em 2002, clarifica a questão, definindo os pontos que embasariam essa percepção quando diz que

dois tipos principais de pilares sustentam o argumento da autorização: o primeiro pilar diz respeito ao problema do consenso dos representantes e surgiu, no interior da teoria democrática clássica, em oposição às formas de rodízio no processo de tomada da decisão próprio às formas de democracia direta. De acordo com essa concepção, o exercício direto da gestão, próprio das antigas cidades-estado ou das repúblicas italianas, envolvia a falta de autorização, que era substituída pela ideia do igual direito à ocupação dos cargos de decisão política. À medida que a ideia do consenso surge no interior dos debates sobre uma teoria racional da política, o sorteio próprio às formas republicanas de decisão, deixa de fazer sentido e é substituído pela ideia do consenso, isto é, por algum mecanismo racional de autorização. A segunda forma de justificação da questão da representação remete a Stuart Mill e à questão da capacidade das formas de representação de expressarem as distribuições das opiniões em nível da sociedade. Para Mill, a assembleia constitui uma miniatura do eleitorado e toda assembleia representativa é capaz de expressar as tendências dominantes do eleitorado. Tal abordagem levou a concepção hegemônica da democracia a centrar-se no papel dos sistemas eleitorais na representação do eleitorado (...). A representação não garante, pelo método de decisão pela maioria, que identidades minoritárias irão ter a expressão adequada no parlamento; a representação ao diluir a

<sup>9</sup> Nota-se que foi com Max Weber que vemos o início do questionamento acerca da inevitabilidade da perda de controle, pelos cidadãos, sobre os processos de decisão política e econômica. Para ele, quanto mais complexa uma sociedade se tornava, piores eram os problemas para o funcionamento da democracia. Afirmava que a tendência de um país onde a burocracia controla os governados é a de possuir uma soberania cada vez mais decrescente.

<sup>10</sup> Robert Dahl defendia que quanto menor a unidade democrática, maior seria sua possibilidade de participação cidadã. Já quanto maior a unidade, maior a necessidade dos cidadãos de entregar as decisões para representantes por eles eleitos.

<sup>11</sup> Bobbio explica, segundo sua linha de pensamento, que a “democracia representativa nasceu da convicção de que os representantes eleitos pelos cidadãos estariam em condições de avaliar quais seriam os interesses gerais melhor do que os próprios cidadãos, fechados demais na contemplação de seus próprios interesses particulares”.

---

prestação de contas em um processo de reapresentação do representante no interior de um bloco de questões, também dificulta a desagregação do processo de prestação de contas. (SANTOS, 2002, p. 48-50).

Apesar da posição demonstrada e explicitada, urge transpor o procedimentalismo democrático de método de autorização de governos – como diz Bobbio – ao patamar de exercício coletivo do poder político, onde suas bases estariam assentadas num processo livre de apresentação de razões entre iguais. Habermas, como já pode ser observado, foi aquele que abriu espaço para que o procedimentalismo passasse a ser pensado como prática social e não como apenas um método de constituição de governos (SANTOS, 2002, p. 53).

Del Negri acredita que, apesar de Habermas ter estabelecido uma

profunda análise sobre a legitimação normativa adequada ao mundo contemporâneo e ao paradigma democrático, esse raciocínio leva à conclusão de que a sua abordagem procedimental, como via de legitimação da validade do ordenamento jurídico, não é teoricamente exauriente, já que deixa de abordar o processo como instituição jurídica regente da construção dos direitos fundamentais, limitando-se a afirmar que a institucionalização do princípio da democracia se faz pelo direito. (DEL NEGRI, 2003, p. 46).

E continua sua exposição, a respeito das abordagens de Habermas, defendendo a necessidade de confirmar se “na produção da lei há obediência rigorosa ao processo constitucional (devido processo legislativo), pois é a instituição do Processo, em suas peculiares características lógico-jurídicas, o espaço discursivo de legitimação da positivação e atuação do direito”. (DEL NEGRI, 2003, p. 47).

Na mesma senda, Rosemiro advoga que o “espaço público de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da ISONOMIA, ISEGORIA E ISOCRÍTICA”. (LEAL, *et al.*, 2001, p. 23).

Tal espaço de criação se legitimará por intermédio do Processo constitucional, sempre observados os princípios da ampla defesa, da isonomia e do contraditório. Del Negri (2003, p.53) mostra que, com a utilização dos “princípios referidos no campo da atividade legislativa, e, portanto, do Devido Processo Legislativo, assegurar-se-á aos cidadãos a evolução na formação de suas leis em direção a formas cada vez mais democráticas e constitucionais no cenário legislativo”.

Enquanto houver o chamado voto de lideranças, não se poderá falar da existência de um real embate de interesses. Sem isso, obviamente, não se pode falar em consenso e menos ainda em debate, o que converteria o processo legislativo a um teatro político-partidário, em que seus atores – deputados e senadores - fingem desenvolver o trabalho para o qual são eleitos.

Enfim, reforçando a ideia debatida, imperativo efetivar, através do devido processo legislativo (aqui cercado de todas as condições e pressupostos exigíveis),



que a “lei seja produto de um procedimento realizado em contraditório, ampla defesa e em simétrica paridade aberta a todos de tal modo a permitir a qualquer do povo a fiscalização processual de constitucionalidade dos procedimentos legiferantes”. (DEL NEGRI, 2003, p. 93).

## CONCLUSÃO

Optamos por demonstrar ao longo desta explanação que o Processo é teoria institucionalizada do discurso democrático, legitimadora, portanto, do Estado Democrático, sustentando tal afirmação utilizando uma análise acerca do paradigma adotado, qual seja, o do Estado Democrático de Direito e suas nuances.

Para tanto, embasamo-nos na teoria de Jürgen Habermas acerca da legitimidade do Direito e valemo-nos dos trabalhos de Del Negri e Leal, que contribuíram com estudos da teoria do citado filósofo tendo em vista sua aplicação à realidade do processo realizado segundo os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

Realizada essa aproximação, consideramos que o trabalho de Habermas se aproxima da melhor definição de Estado Democrático e tem a chance de aplicar-se, inclusive, aos países menos desenvolvidos, contrariando a tese de muitos que acreditam que a aplicação do pensamento habermasiano se limita aos países desenvolvidos do hemisfério norte.

Num momento em que atravessamos uma crise profunda em nossas instituições político-jurídicas, com toda sorte de escândalos, vindo à tona, cada vez mais se mostra urgente e necessário o estudo do tema que propusemos investigar. Casos cada vez mais gritantes de corrupção partidária que, apoiando os grupos de elite, visam unicamente aproveitar-se do processo legislativo como meio de realização de suas concepções e interesses. É esse desprezo pelos princípios do Estado Democrático de Direito que se deve, a todo custo, evitar.

É importante ressaltar que o poder político resulta de uma relação de força entre as diversas classes sociais e, como tal, permanece sujeito a pressões por parte dos grupos mais favorecidos, que, com objetivo de verem seus interesses atendidos, utilizam-se do processo legislativo como um meio de realizá-los, por meio de atos de corrupção cada vez mais escancarados. Dessa maneira, há de se empenhar na efetivação dessa definição de processo realizado em contraditório e amparado pela isonomia e ampla defesa, para que se vejam garantidas ao povo, cidadania e soberanias reais.

Damesma forma, é importante frisar que é sempre possível (e esperançosamente por nós aguardado) que a gravidade dos problemas sociais enfrentados por nosso país, bem como os frequentes ataques à democracia levem a população a manifestar-se e a reagir aos desmandos e às atrocidades visando reatar os vínculos entre o Estado e o poder societário, pois nenhum Estado se mantém de forma legítima sem que a população assim o consinta democraticamente.

---

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Pêrsio Henrique. **Constituinte e Constituição**. Participação popular e eficácia constitucional. Curitiba: Juruá, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CALMON DE PASSOS, J.J. **Processo e Democracia**: participação e processo. São Paulo: RT, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- COSTA, Maria Cristina Castilho. **O que todo cidadão precisa saber sobre democracia**. 2. ed. São Paulo: Global Editora, 1987.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DEL NEGRI, André Luís. **Controle de Constitucionalidade no Processo legislativo**. Teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processual**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Trad. Vamireh Chacon. 2. ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.
- \_\_\_\_\_. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperbe e Paulo A. Salthe. São Paulo: Loyola, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.
- HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX, 1914-1991. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KAFKA, Franz. **O Processo**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental – a propósito das retóricas ações afirmativas. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v.6, n. 1, p. 43-50, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et al. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado Democrático de Direito. **Estudos Continuados de teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. 1.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MARTINEZ, Vinício C. Estado Democrático de Direito: uma crise anunciada. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 11 jul. 2004. Disponível em: <[http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/1914](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/1914)>. Acesso em 1º maio de 2006.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROSENFELD, Denis L. **O que é democracia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

BIZAWU, Kiwonghi. O repensar da deontologia jurídica. **Jus Navigandi** Brasília, v. 8, n. 177, 2004.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999.

VIEIRA, Suzana Gauer. A Teoria Democrática de Jürgen Habermas. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v.4, n. 1, p.10-38, 2001.

VILLELA, João Baptista. **Direito, Coerção e Responsabilidade**: por uma ordem social não-violenta. Belo Horizonte: Edição da Faculdade de Direito da UFMG, 1982.



# IMPLICAÇÕES DA SÚMULA VINCULANTE Nº 04 NA DES(REGULAMENTAÇÃO) DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

## Implications of binding precedent nº 04 in (de)regulation of the insalubrity premium

*Mônica Rodrigues Carvalho<sup>1</sup>*

### **Resumo**

A regulamentação do adicional de insalubridade nos dias atuais passa por um período de incertezas jurídicas. O presente artigo pretende demonstrar como ficou a questão do adicional de insalubridade e sua base de cálculo no cenário jurídico, após a edição e publicação da Súmula Vinculante nº 04, do Supremo Tribunal Federal, a qual proibiu a utilização do salário mínimo como base de cálculo do referido adicional e vedou a regulamentação da matéria por decisão judicial. Apresentar-se-ão os posicionamentos que vêm sendo adotados pelo Tribunal Superior do Trabalho sobre a questão, bem como o atual posicionamento tomado pelo Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Súmula Vinculante nº 04. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Salário mínimo.

### **Abstract**

*The regulation of insalubridade additional is through a period of legal uncertainty nowadays. This article intends to demonstrate the question of insalubridade additional and its calculation basis in legal scenario, after edition and publication of Binding Decision nº 04, of Federal Supreme Court, which prohibited the use of minimum wage as a basis for the calculation of that additional and prohibited the regulation of the additional by judicial decision. There will be displayed the positions that have been adopted by the Supreme Labour Court on this issue, as well as the current position adopted by the Federal Supreme Court.*

**Keywords:** Binding Decision nº 04. Insalubridade additional. Calculation Basis. Minimum wage.

## INTRODUÇÃO

A regulamentação do adicional de insalubridade nos dias atuais passa por um período de incerteza jurídica, em virtude da recente publicação, em 09 de maio de 2008, da Súmula Vinculante nº 04 pelo Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe, *in verbis*: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode

---

<sup>1</sup> Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade de Uberaba (2006) e em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal e Curso PRIMA (2008). Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

---

ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial” (BRASIL, 2008j).

Entenderam os Ministros da Suprema Corte a necessidade da edição de referida Súmula, após análise de Recurso Extraordinário nº 565.714, com Repercussão Geral, a fim de adequar a redação do artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho. Tal artigo baseava o cálculo do adicional de insalubridade no salário mínimo, diferentemente do que preconiza o artigo 7º, IV da Constituição da República, o qual veda a utilização do salário mínimo como indexador de valores para qualquer fim.

Entretanto, parece ter havido desvirtuamento da função do instituto da Súmula Vinculante, em princípio vista como meio de pacificação de controvérsias jurídicas, uma vez que a última parte da redação atribuída à Súmula Vinculante nº 04 - que proíbe a fixação de base de cálculo alternativa por interpretação jurídica - trouxe consigo a sensação de que o instituto do adicional de insalubridade estava, por ora, sem regulamentação jurídica.

Tal fato levou o Tribunal Superior do Trabalho a rever sua jurisprudência consolidada para cancelar a Súmula 17 e dar nova redação à Súmula 228 e à Orientação Jurisprudencial nº 47, da SDI-1, adequando-as à, então, publicada Súmula Vinculante nº 04.

Em que pese tal esforço normativo, em 15 de julho de 2008, a nova redação da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho foi suspensa por decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes, em Reclamação Constitucional nº 6.266, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria.

A partir disso, ficou-se sem parâmetros seguros para aplicação do adicional de insalubridade, chegando o Tribunal Superior do Trabalho, em alguns casos, a retirar da pauta de julgamento os processos que versavam sobre a matéria, até que fosse definida a base de cálculo pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, no desenrolar deste trabalho, procurar-se-á demonstrar as posições jurisprudenciais e doutrinárias que se formaram sobre o assunto, assim como o atual regramento jurídico dispensado ao adicional de insalubridade, em face da edição da Súmula Vinculante nº 04 pelo Supremo Tribunal Federal.

## **1 Segurança e medicina do trabalho e o adicional pelo exercício de atividades insalubres**

As normas sobre Segurança e Medicina do Trabalho assumem grande relevo no contexto trabalhista, visando a garantir um meio-ambiente do trabalho mais seguro e salubre ao trabalhador, para se evitarem os famigerados acidentes do trabalho.

Tais normas trabalham com a ideia de prevenção aos acidentes laborais, a fim de se prevenir danos à saúde e integridade do trabalhador. Porém, não sendo isso possível, preveem uma reparação indenizatória pelo acidente sofrido.

Ressalta-se que, nos termos do artigo 21, inciso XXIV da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2009a), é da competência exclusiva da União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho. Igualmente, às Delegacias Regionais do Trabalho, em especial, cabe a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e saúde no trabalho.

No Brasil, “a higiene e segurança do trabalho só ganhou hierarquia constitucional em 1946 (art. 154, VIII), sendo da mesma forma referida na Carta Magna de 1967 [...]” (SÜSSENKIND et al; 2003, p. 913). Na Constituição da República de 1988, tais normas encontram guarida no artigo 7º.

Mas não é só. Também tratam do assunto normas infraconstitucionais, como a Consolidação das Leis do Trabalho, em seus artigos 154 e seguintes<sup>2</sup>, assim como Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Há, ainda, Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho dispendo sobre a matéria, dentre as quais se destacam as Convenções 155/81 e 161/85<sup>3</sup>, que discorrem, respectivamente, sobre segurança e saúde do trabalhador e meio ambiente do trabalho, e serviços de saúde no trabalho.

Fixados tais parâmetros, passamos à análise do adicional de insalubridade em si.

A Consolidação das Leis do Trabalho regulamenta as atividades insalubres nos artigos 189 e seguintes.

Como observa Süssenkind et al. (2003, p.924 -925),

há *insalubridade*, para os efeitos das normas pertinentes da legislação do trabalho, quando o empregado sofre a agressão de agentes físicos ou químicos acima dos níveis de tolerância fixados pelo Ministério do Trabalho, em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (critério quantitativo); ou, ainda, de agentes biológicos e alguns agentes químicos relacionados pelo mesmo órgão (critério qualitativo).

De acordo com a redação original dos artigos 192 e 196, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho, o exercício do trabalho em condições insalubres, acima dos limites fixados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, assegura a percepção pelo trabalhador de adicional de 10%, 20% ou 40%, conforme se trate de insalubridade nos graus, respectivamente, mínimo, médio e máximo, a incidir sobre o salário mínimo. Tal adicional é devido ao trabalhador a partir da inclusão da atividade nos quadros de atividades insalubres aprovados pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

---

<sup>2</sup> Capítulo com redação determinada pela Lei 6.514, de 1977.

<sup>3</sup> Ambas em vigor no Brasil, porquanto ratificadas, respectivamente, pelos Decretos Legislativos 02/92 e 86/89 e promulgadas pelos Decretos 1.254/94 e 127/91.

---

Frise-se que, para a constatação da insalubridade e direito à percepção do respectivo adicional, é necessária a realização de perícia nos setores ou estabelecimentos das empresas, sob responsabilidade de perito habilitado e registrado no Ministério do Trabalho e Emprego. “Por ser requisito da substância do ato, determinado por lei, a perícia deverá ser realizada ainda que revel a reclamada em ação judicial.” (SARAIVA, 2008, p. 336).

Ainda, caso constatada a presença de vários agentes determinantes da insalubridade, orienta a Norma Regulamentadora nº 15 do Ministério do Trabalho e Emprego que se considera, para o fim de determinação do adicional, apenas aquele fator gerador do maior adicional.

De outro lado, pode haver a eliminação ou a neutralização do fator de insalubridade, por meio da adoção de medidas que mantenham os agentes insalubres em limites de tolerância aceitáveis, ou mediante o fornecimento de equipamento de proteção individual aos trabalhadores, e fiscalização do uso efetivo por estes de tais equipamentos.

Pelo exposto, verifica-se que

Só se caracteriza a insalubridade, em relação a determinado trabalhador, quando, não tendo sido possível eliminar a fonte geradora do agente nocivo, também não se tornou possível neutralizar ou reduzir os seus efeitos aos níveis de tolerância ou de concentrações prefixadas. A *causa da insalubridade*, por conseguinte, é a ação nociva do agente físico, químico ou biológico *no trabalhador*, o que ocorre quando os meios coletivos ou individuais de proteção não puderem prevenir ou reduzir a nocividade aos limites compatíveis com a capacidade biológica do trabalhador. (SÜSSENKIND et al. 2003, p. 945).<sup>4</sup>

Portanto, presente a causa da insalubridade, faz direito o trabalhador à percepção do adicional, cuja base de cálculo está sob discussão desde a edição da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o cálculo com base no salário mínimo, até então previsto e diuturnamente utilizado, foi considerado não recepcionado pela Constituição da República, e foi vedada sua regulamentação por decisão judicial.

## **2 Súmula vinculante, primeiros contornos e a regulamentação posta pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004**

Os contornos dados ao instituto da Súmula Vinculante pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que inseriu, dentre outros, o artigo 103-A na Constituição da República, apesar de inovadores em nossa ordem constitucional,

---

<sup>4</sup> Destaques no original.



encontram fundamento nos precedentes orientadores dos países de tradição judicialista (TAVARES, 2007, p.20) do Direito, baseada na *Common Law* e, ainda, correlaciona-se com os assentos das Casas de Suplicação, estabelecidos no Brasil Colonial pelas Ordenações Filipinas.

Conforme assinala Branco, Mendes e Coelho (2009, p.965) que

o precedente vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a decisão de um alto tribunal ser obrigatória, como norma, para os tribunais inferiores, tem as nações anglo-americanas, a exemplo da Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, como reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente judicial. Isso, no entanto, não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista, embora aí mais formalizado [...].

Nesse modelo de Direito, o caso concreto já decidido por órgão superior, chamado precedente ou *stare decisis*, funciona como diretriz ao julgamento dos casos que se seguirem, a fim de evitar julgamentos contraditórios entre si.

Referido caráter direcionador do julgamento foi tomado pelas Ordenações Manuelinas, no Brasil Colônia, ao instituírem os assentos, os quais foram aperfeiçoados pelas Ordenações Filipinas, com os assentos das Casas de Suplicação. Nesse sentido, Rocha aduz que

[...] os antecedentes portugueses do Direito brasileiro é que por primeiro dão notícia dos assentos, que eram firmados pela Casa de Suplicação, nos termos das Ordenações Manuelinas, com a finalidade precípua de extinguir dúvidas jurídicas suscitadas em causas submetidas a julgamento. As soluções dadas aos casos que se constituíssem objeto de dúvida por aquela Casa e definidas nos assentos convertiam-se em normas, tendo sido adotada essa figura pelas Ordenações Filipinas [...] (ROCHA, 1996, p. 2).

Após a independência do Brasil, a Constituição Republicana de 1981 extinguiu os assentos das Ordenações. Por outro lado, por influência do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal, a Emenda Regimental de 28.03.63 criou as chamadas Súmulas da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, as quais, em que pese não terem caráter vinculante, eram persuasivas, verdadeiro parâmetro para uniformização da jurisprudência da época.

Na Constituição de 1988, a Súmula Vinculante foi instituída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, com o artigo 103-A, posteriormente regulamentado pela Lei 11.417, de 19.12.2006.

---

O procedimento para a edição, revisão ou cancelamento da Súmula Vinculante inicia-se, de ofício, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal ou por provocação.

Estão legitimados a provocar autonomamente o Supremo Tribunal Federal aqueles que podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme rol taxativo do artigo 103, da Constituição da República. Igualmente, a Lei 11.417, de 2006, atribui legitimidade autônoma ao Defensor Público-Geral da União e aos Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais e aos Tribunais Militares. Por outro lado, a referida Lei prevê legitimidade incidental aos Municípios, nos processos em que seja parte, fato que não autoriza a suspensão do processo.

A competência para o procedimento é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, mediante decisão de dois terços de seus Ministros, ou seja, oito deles, em sessão plenária. Haverá manifestação prévia do Procurador-Geral da República em todas as propostas, salvo naquelas que ele próprio houver formulado.

É requisito formal do procedimento, ainda, que o enunciado da Súmula Vinculante verse sobre a validade, interpretação e eficácia de norma de aplicação controversa nos órgãos judiciários e administrativos, que, por esse motivo, acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão. Outro requisito é a preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, ou seja, “exige-se que matéria objeto da súmula tenha sido amplamente discutida pelo Supremo Tribunal Federal, vedando-se a edição de súmula com base em decisão isolada daquele tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica”. (BRANCO; MENDES; COELHO, 2009, p. 966).

Aprovado, revisto ou cancelado o enunciado da Súmula Vinculante, o Supremo Tribunal Federal providenciará, no prazo de dez dias, sua publicação em seção especial do Diário de Justiça e do Diário Oficial da União, a partir de quando terá efeito *erga omnes* e caráter vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Importante ressaltar que não há vinculação para o Poder Legislativo de qualquer das esferas federativas, sob pena de se engessar sua atuação com verdadeira afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, com assento no art. 2º da CR/88, e de se criar o que o Ministro Cezar Peluso chamou de “fenômeno da fossilização da Constituição” (LENZA, 2007, p. 207)<sup>5</sup>.

Autoriza-se a modulação dos efeitos da decisão da Súmula Vinculante, que terá sua eficácia restringida ou postergada para outro momento, por voto de dois

---

<sup>5</sup> Confira-se a respeito o Informativo 386, do STF.

terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público se fizerem presentes.

Publicado o enunciado da Súmula Vinculante, nenhuma decisão judicial ou ato administrativo poderá contrariá-lo, negar-lhe vigência ou aplicação, sob pena de sofrer reclamação no Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo de recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

Ressalva-se, contudo, o uso da reclamação contra atos administrativos, que somente será admitida após prévio esgotamento das instâncias administrativas, a teor do quanto preconiza o artigo 7º, §1º, da Lei 11.417, de 2006. Embora o preceito possa ferir o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, justificou-se sua elaboração para evitar que a celeridade almejada com a edição da súmula não fique prejudicada pela multiplicação de reclamações contra a administração pública, reduzindo-se a eficácia do instituto.

Ademais, a referida Lei instituiu a responsabilização pessoal do administrador, civil, penal e administrativa, quando ele não adequar suas futuras decisões administrativas em casos semelhantes aos já decididos em reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

Até o momento, já foram editadas trinta Súmulas Vinculantes pelo STF, sendo que, a partir de 05 de dezembro de 2008, o processamento das propostas para edição, revisão ou cancelamento da Súmula Vinculante foi definido pela Resolução 388, daquele Tribunal, que tornou mais célere o procedimento ao prever o processamento eletrônico das propostas, aberto a todos os interessados. (BRASIL, 2010)<sup>6</sup>.

Cumprе frisar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição da República de 1988, a legitimidade do uso da Súmula Vinculante está diretamente ligada à obediência formal dos requisitos exigidos para a sua edição e promulgação, acrescido de amplos debates jurídicos, com participação popular tal como preconiza o ideário de democracia participativa em Habermas, a fim de que não haja maior concentração de poderes no Poder Judiciário, concentração esta que historicamente só deságua em ambientes autoritários e ilegítimos.

Dessa forma, se for utilizado sob tais parâmetros, para refletir ideia geral e legítima, o instituto da Súmula Vinculante poderá refletir avanços jurídicos e sociais. Entretanto, caso se funde apenas no pretense anseio por celeridade processual, mas em colisão com outros direitos fundamentais, não passará de mecanismo subjetivo e arbitrário de manifestação do poder, potencialmente gerador de iniquidades.

---

<sup>6</sup> Notícias do STF (2010).

---

### 3 A regulamentação do adicional antes e após a edição da Súmula Vinculante nº 04 pelo Supremo Tribunal Federal

Até a publicação da Súmula Vinculante nº 04, pelo Supremo Tribunal Federal,<sup>7</sup> a base de cálculo do adicional de insalubridade vinha prevista no artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho, que aduz:

Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo (BRASIL, 2009a).

Além disso, o Tribunal Superior do Trabalho utilizava como parâmetro as Súmulas 17 e 228, as quais previam que o adicional deveria ser calculado sobre o salário profissional – piso da categoria – e, na falta deste, o salário mínimo seria a base de cálculo.

Com isso, estava pacificada a discussão acerca da recepção ou não do artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho pelo artigo 7º, IV da Constituição da República, entendendo-se, pois, pela recepção.

Entretanto, a discussão foi reaberta no julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral 565.714/SP- São Paulo, proposto por policiais militares paulistas que reivindicavam o uso de sua remuneração como base de cálculo para o adicional de insalubridade, ao invés de usar o salário mínimo, conforme previa a Lei Complementar 432/1985, de São Paulo.

No julgamento, a Ministra Relatora Cármen Lúcia reconheceu a não-recepção da referida norma pela Constituição da República e propôs que a base de cálculo do adicional fosse convertida em reais, no trânsito em julgado da decisão, e, a partir de daí, reajustada por índices oficiais. No decorrer da sessão, porém, a Ministra modificou seu voto, o qual foi acompanhado pelos demais Ministros, para manter o pagamento do adicional àqueles servidores da forma como vinha sendo feito, até que uma nova lei viesse a fixar novos critérios. Decidiu-se, ainda, que a edição de nova base de cálculo por decisão judicial não era possível<sup>8</sup>. Confirmando-se, a seguir, a ementa:

---

<sup>7</sup> “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

<sup>8</sup> Veja-se a respeito: Notícias do STF, de 30 de abril de 2008. Vinculação de adicional de insalubridade ao salário mínimo é inconstitucional (república em 17/06 às 19h15).

CONSTITUCIONAL. ART. 7º, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 3º, § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR PAULISTA N. 432/1985 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE DE VINCULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE AO SALÁRIO MÍNIMO: PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DA MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO POR DECISÃO JUDICIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O sentido da vedação constante da parte final do inc. IV do art. 7º da Constituição impede que o salário-mínimo possa ser aproveitado como fator de indexação; essa utilização tolheria eventual aumento do salário-mínimo pela cadeia de aumentos que ensejaria se admitida essa vinculação (RE 217.700, Ministro Moreira Alves). A norma constitucional tem o objetivo de impedir que aumento do salário-mínimo gere, indiretamente, peso maior do que aquele diretamente relacionado com o acréscimo. Essa circunstância pressionaria reajuste menor do salário-mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República. O aproveitamento do salário-mínimo para formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões, etc.) esbarra na vinculação vedada pela Constituição do Brasil. Histórico e análise comparativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Declaração de não-recepção pela Constituição da República de 1988 do Art. 3º, § 1º, da Lei Complementar n. 432/1985 do Estado de São Paulo. 2. Inexistência de regra constitucional autorizativa de concessão de adicional de insalubridade a servidores públicos (art. 39, § 1º, inc. III) ou a policiais militares (art. 42, § 1º, c/c 142, § 3º, inc. X). 3. Inviabilidade de invocação do art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República, pois mesmo se a legislação local determina a sua incidência aos servidores públicos, a expressão adicional de remuneração contida na norma constitucional há de ser interpretada como adicional remuneratório, a saber, aquele que desenvolve atividades penosas, insalubres ou perigosas tem direito a adicional, a compor a sua remuneração. Se a Constituição tivesse estabelecido remuneração do trabalhador como base de cálculo teria afirmado adicional sobre a remuneração, o que não fez. 4. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (BRASIL, 2008b).

Como se infere, com base no artigo 27 da Lei 9.868, de 1999, o Supremo Tribunal Federal adotou técnica de decisão conhecida no Direito Constitucional Alemão como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, pela qual a norma, apesar de declarada inconstitucional, continua a incidir sobre as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário definir critério diverso para regular a matéria, substituindo-se ao legislador. Portanto, até que fosse editada norma sobre o assunto, substituindo aquela declarada não-

---

recepcionada pela Constituição da República, a base de cálculo continuaria a ser o salário mínimo<sup>9</sup>.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal por bem editar a Súmula Vinculante nº 04 sobre a matéria, a qual foi publicada em 09 de maio de 2008, consolidando o entendimento adotado por aquele Tribunal quando do julgamento do RE 565.714/SP.

Ocorre que, ao proibir a regulamentação de nova base de cálculo por decisão judicial, a súmula criou ambiente de instabilidade jurídica, indo de encontro ao que o instituto da Súmula Vinculante objetiva, ou seja, pacificar as relações jurídico-administrativas instáveis.

O Tribunal Superior do Trabalho, a seu turno, visando a pacificar a questão, em sessão plenária na data de 27 de junho de 2008, deu nova redação ao enunciado da Súmula 228, para adequá-lo ao enunciado da Súmula Vinculante nº 04 do Supremo Tribunal Federal, ocasião em que cancelou a Súmula 17 e a Orientação Jurisprudencial nº 02 da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) e deu nova redação à Orientação Jurisprudencial nº 47 da SDI-1. Os novos enunciados foram publicados em 04 de julho do mesmo ano e assim dispunham:

Súmula 228. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo. [...]

47. HORA EXTRA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo da hora extra é o resultado da soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade. (BRASIL, 2008i).

Tal esforço normativo, porém, foi desconsiderado quando, em 15 de julho do mesmo ano de 2008, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, concedeu liminar em Reclamação Constitucional nº 6.266, apresentada pela Confederação Nacional das Indústrias, para suspender a aplicação da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho.

Dentre outros aspectos, argumentou a Confederação Nacional das Indústrias que a nova redação da Súmula 228 afrontava a Súmula Vinculante nº 04, ao fixar o salário básico como novo parâmetro para o cálculo do adicional de insalubridade ou outro critério mais vantajoso previsto em norma coletiva.

O então Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Rider de Brito, em 22 de julho daquele ano, encaminhou informações ao Supremo Tribunal Federal sobre a redação da Súmula 228, tecendo comentários acerca dos

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, veja-se recente julgado do TST - Processo: RR - 4319/2006-031-07-40.2 Data de Julgamento: 18/02/2009, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 20/02/2009.

precedentes que levaram à mudança na redação da citada súmula, no que se refere à criação de parâmetros para balizar as decisões daquele Tribunal, utilizando analogicamente a base de cálculo do adicional de periculosidade – salário básico – até que a cizânia fosse em definitivo solucionada.

Até o presente momento, o mérito da Reclamação Constitucional 6266 não foi julgado, sendo que, desde 17 de junho de 2009, encontra-se conclusa ao Relator, pelo que a aplicação da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho continua suspensa. Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal vem concedendo liminares em Reclamações, suspendendo julgados do Tribunal Superior do Trabalho proferidos com base no entendimento constante da nova redação da referida súmula, a exemplo da que se transcreve a seguir:

Vistos, etc. Trata-se de reclamação ajuizada pelo Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda. ‘contra decisão proferida pela 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região’, que ‘está em aberta dissonância com a Súmula n. 4. Deveras, na parte que diz respeito à condenação ao pagamento do adicional de insalubridade’, incidente sobre o piso salarial da categoria do autor. Acórdão, esse, prolatado em 25/06/2008 e confirmado em 13/08/2008 (em embargos de declaração), ou seja, posteriormente à edição Súmula Vinculante n. 4 (publicada em 09/05/2008). Requer, ao final, medida liminar para que ‘seja suspensa a decisão [...], na parte que diz respeito ao adicional de insalubridade fixado com base no salário mínimo legal ou profissional ou qualquer outro critério desprovido de expressa base legal’. 2. Esse relatório, passo a decidir. Fazendo-o, averbo, desde logo, que existe prova da pendência de recurso de revista no Tribunal Superior do Trabalho, inexistindo, assim, o uso da reclamação como substitutiva de ação rescisória. Prossigo, agora para transcrever a parte essencial do ato reclamado: ‘há que se interpretar extensivamente a regra do art. 192 da CLT, para considerar que a ‘expressão salário mínimo’, contida em seu bojo, abranja não apenas o salário mínimo legal, mas também o salário mínimo das categorias profissionais (piso salarial). [...] No presente caso foram juntadas convenções coletivas de trabalho que garantiam piso salarial para a categoria do autor [...]’ (fls. 40/41). 3. Anoto, agora para concluir, que o Juízo reclamado ofendeu a Súmula Vinculante n. 4, exatamente em sua parte final. Para ilustrar tal conclusão, cito precedente na Rcl 6266 MC/DF: ‘com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante nº 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade. Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula nº 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.’. Em palavras outras, as convenções coletivas de trabalho, ao estabelecer

---

o piso salarial da categoria, devem explicitar que este será utilizado para o cálculo do adicional de insalubridade. Requisito que não consta de decisão reclamada. Pelo que defiro a liminar, o que faço tão-somente para determinar a suspensão do acórdão reclamado, na parte que diz respeito ao adicional de insalubridade fixado com base no piso salarial da categoria profissional. 4. Comunique-se com urgência. Notifique-se o reclamado para que preste as informações no prazo de 10 (dez) dias. Após, dê-se vista ao Exmo. Procurador-Geral da República. Publique-se. Brasília, 04 de março de 2009. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator 1 (Rcl 7802 MC, Relator(a): Min. Carlos Britto, julgado em 04/03/2009, publicado em DJe-046 Divulg 10/03/2009 Public 11/03/2009).

Em face disso, houve divergência de posicionamento dentro do próprio Tribunal Superior do Trabalho. Isso porque as Seções Especializadas em Dissídios Individuais – SDI-1 e SDI-2 – e algumas de suas Turmas chegaram a suspender o julgamento de processos que versavam sobre o adicional de insalubridade, retirando-os da pauta de julgamento, até decisão definitiva de mérito da Reclamação Constitucional nº 6.266 pelo Supremo Tribunal Federal.

De outro lado, a Sétima Turma, presidida pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho, continuou a aplicar o salário mínimo como base de cálculo nos julgamentos dos processos envolvendo o adicional de insalubridade, até pronunciamento em definitivo do Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>.

A controvérsia, entretanto, não se restringiu ao Tribunal Superior do Trabalho. O próprio Supremo Tribunal Federal, após a edição da Súmula, passou a adotar decisões contraditórias entre si, ora proibindo o uso do salário mínimo como base de cálculo ao adicional de insalubridade, ora permitindo o seu uso, mas não como indexador.

Assinala Alexandre Roque Pinto:

Ora, a súmula vinculante proíbe o uso do salário mínimo como “indexador de base de cálculo” do adicional de insalubridade, mas o STF, nesta decisão, diz que o salário mínimo pode ser usado como base de cálculo do adicional de insalubridade, mas não como indexador. Qual a diferença prática? Matematicamente, nenhuma. Dizer que o salário mínimo é a base de cálculo ou o indexador produz o mesmo resultado prático. Se o salário mínimo sofre um reajuste, a base de cálculo aumenta na mesma proporção. Se ele é visto como indexador de uma parcela, a proporção do reajuste é exatamente a mesma! O que é mais espantoso (nem tanto, dada a dificuldade gerada pela redação da súmula) é que, numa decisão, o STF, invocando a súmula vinculante

---

<sup>10</sup> Confira-se a respeito Notícias do TST, de 26 de agosto de 2008. Insalubridade: SDI-2 suspende julgamento até decisão do STF sobre Súmula 228.



nº 4, diz: “Mesmo em se tratando de adicional de insalubridade, descabe considerar o salário mínimo como base de cálculo” (AI 610243 *AgR*). Noutra, invocando a mesma súmula, o mesmo Tribunal diz: “A Constituição Federal proíbe tão-somente o emprego do salário mínimo como indexador, sendo legítima a sua utilização como base de cálculo do adicional de insalubridade”. A mesma súmula vinculante “pacificadora” produzindo decisões diametralmente opostas no mesmo Tribunal que a editou! O que não esperar das decisões produzidas pelo Brasil afora? (PINTO, 2009).

Afigura-se claro, portanto, que o instituto da Súmula Vinculante está muito longe de alcançar seus objetivos de pacificação de controvérsias jurídico-administrativas, mas, ao contrário, a edição da Súmula Vinculante nº 04 pelo Supremo Tribunal Federal criou mais insegurança jurídica, uma vez que, além de proibir o uso do salário mínimo como base de cálculo de vantagens, proibiu que o Judiciário fixasse nova base por decisão judicial, afrontando, ao que parece, o próprio Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, insculpido no artigo 5º, XXXV da Constituição da República, bem como o princípio da vedação ao *non-liquet*, constante do artigo 126 do Código de Processo Civil, pelo qual o Juiz não pode se furtar a decidir casos submetidos a seu julgamento, alegando lacuna ou obscuridade na lei.

#### 4 Atual regramento da matéria

A controvérsia que se assentou nos Tribunais convergiu para, ao que parece, uma decisão em comum sobre a aplicabilidade do adicional de insalubridade.

No Supremo Tribunal Federal, as primeiras decisões sobre a matéria vinham entendendo a possibilidade de substituição da base de cálculo do adicional de insalubridade pelas instâncias ordinárias, permanecendo, porém, a vedação ao uso do salário mínimo para tal fim. Nesse contexto, transcrevem-se alguns julgados, todos de relatoria do Ministro Eros Grau:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. ARTIGO 7º, IV, CB/88. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE OUTRA BASE DE CÁLCULO. OMISSÃO. 1. O entendimento deste Tribunal é no sentido de que a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo ofende a Constituição do Brasil [CB/88, artigo 7º, IV]. Precedentes. Súmula vinculante n. 4/STF. 2. Garantida ao trabalhador a percepção do adicional, impõe-se a fixação de outra base de cálculo. Embargos de declaração acolhidos apenas para se determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias, objetivando a fixação de outra base de cálculo para o adicional de insalubridade. (BRASIL, 2008c)

---

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. ARTIGO 7º, IV, CB/88. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE OUTRA BASE DE CÁLCULO. OMISSÃO. 1. O entendimento deste Tribunal é no sentido de que a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo ofende a Constituição do Brasil [CB/88, artigo 7º, IV]. Precedentes. Súmula vinculante n. 4/STF. 2. Garantida ao trabalhador a percepção do adicional, impõe-se a fixação de outra base de cálculo. Agravo regimental a que se nega provimento. Remessa dos autos às instâncias ordinárias com o objetivo de fixar-se outra base de cálculo para o adicional de insalubridade. (BRASIL, 2008a).

Por outro lado, no Tribunal Superior do Trabalho, a orientação que passou a ser adotada pelo então vice-presidente, Ministro Milton de Moura França, a quem cabia apreciar recursos extraordinários de decisões do Tribunal Superior do Trabalho ao Supremo Tribunal Federal, foi usar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, até que a questão fosse em definitivo decidida pelo Supremo Tribunal Federal <sup>11</sup>.

É o que se infere dos seguintes julgados:

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. PRETENSÃO RECURSAL DE ADOÇÃO DO PISO SALARIAL (SÚMULA Nº 17 DO TST). INAPLICABILIDADE. CONTRARIEDADE À SÚMULA VINCULANTE 4 DO E. STF. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO REGIONAL QUE DEFINIU O SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO, ATÉ EDIÇÃO DE LEI POSTERIOR SOBRE O TEMA. Este C. Tribunal tinha firmado entendimento segundo o qual o adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, perceba salário profissional deve ser sobre este calculado (Súmula nº 17). (...) Entretanto, A decisão do E. STF que elaborou a Súmula Vinculante 4, conforme bem definido em decisão mais recente daquela Corte Maior, não permite a imposição de outra base de cálculo para o adicional de insalubridade, ainda que considerada inconstitucional a vinculação do pagamento ao salário mínimo. O E. STF entendeu que o art. 7º, IV, da CF, revoga a norma que adota o salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade, mas não permite a atuação do judiciário em substituição para determinar a base de cálculo, e não admite, também, a adoção de outro referencial, não previsto em lei. Assim, enquanto não houver lei prevendo a base de cálculo do adicional, o salário mínimo é o parâmetro a ser adotado, não sendo possível que

---

<sup>11</sup> Confira-se Notícias do TST, de 12 de janeiro de 2009. Insalubridade: base de cálculo permanece salário mínimo até regulamentação (2009).

o cálculo se faça sobre salário normativo ou salário profissional, por ausência de previsão legal. Tal entendimento possibilita a observância ao princípio da segurança jurídica, que norteia o Estado de Direito e o devido processo legal. Decisão regional que se mantém. Recurso de revista não conhecido. (BRASIL, 2009f).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SÚMULA Nº 228 DO TST. A base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo, na forma preconizada na antiga redação da Súmula nº 228 desta Corte Superior, segundo a qual o percentual do adicional de insalubridade é o salário mínimo de que cogita o artigo 76 da CLT. Registre-se, ainda, que o STF suspendeu apenas a 2ª parte da aludida Súmula, o que não interfere na decisão ora proferida. [...]. (BRASIL, 2009b).

Em recentes decisões, o STF tem se posicionado pela aplicação literal do verbete da Súmula Vinculante nº 04, afastando a utilização do salário mínimo, assim como a fixação de nova base de cálculo por decisão judicial. Nesse contexto:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO. Mesmo em se tratando de adicional de insalubridade, descabe considerar o salário mínimo como base de cálculo - Verbetes Vinculante nº 4 da Súmula do Supremo. AGRAVO - REFORMA - ALCANCE. Afasta-se a observância do verbete vinculante quando conclusão diversa acarreta o prejuízo do recorrente. (AI 665270 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-08 PP-01643)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. FIXAÇÃO DE NOVA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A súmula vinculante n. 4/STF determina que “[s]alvo os casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”. 2. Não é cabível o retorno dos autos à origem para fixação de nova base de cálculo, tendo em vista o teor da citada súmula. Acolho os presentes embargos. (BRASIL, 2009d).

Dessa forma, encontraram tais Tribunais um norte no julgamento de processos envolvendo o adicional de insalubridade, calculando-o com base no salário mínimo até que a lei regulamente o assunto.

---

Tal fato já mostra um avanço no tratamento da matéria. De um lado, porque tende a evitar prejuízos aos jurisdicionados, que, muitas vezes viam o julgamento de seus processos serem suspensos. E de outro, porque orienta a interpretação da Súmula Vinculante nº 04 para afastar a miscelânea de entendimentos surgidos com base na referida súmula, que em nada atingiam o verdadeiro escopo do instituto de pôr fim às controvérsias jurídico-administrativas surgidas na aplicação de determinada norma.

## CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no decorrer desta pesquisa, observa-se que o uso da Súmula Vinculante pode desaguar em um ambiente legítimo ou arbitrário, dependendo de como o processo de sua elaboração seja feito. Caso se observe o ambiente democrático de discursividade jurídica, ao lado do procedimento formal de elaboração da Súmula Vinculante, o instituto será medida hábil a trazer efetividade e celeridade ao andamento processual, direitos fundamentais para abreviar o tempo despendido na solução do processo, seja ele judicial ou administrativo.

Isso porque a Súmula Vinculante traz a padronização de entendimentos judiciais sobre determinadas matérias, estendendo-os imperativamente às esferas administrativas e judiciais de hierarquia inferior. Assim, reduz o tempo despendido nos debates processuais sobre a matéria - redução esta apta a gerar celeridade - sem, contudo, afastar a segurança jurídica e a efetividade, visto que a matéria já está legitimamente regulada pela Súmula Vinculante.

O Instituto, porém, deve ser utilizado com parcimônia, já que a má elaboração de uma Súmula Vinculante, ao invés de pacificar a cizânia pendente sobre a questão, pode provocar mais divergência e gerar insegurança jurídica, indo de encontro aos fins propugnados pelo Instituto.

Nesse contexto, traz-se à baila o exemplo da Súmula Vinculante nº 04 do Supremo Tribunal Federal, a qual vedou o uso do salário mínimo como base de cálculo de quaisquer vantagens de servidor público ou empregado, bem como sua substituição por decisão judicial.

Após a publicação dessa Súmula, várias foram as Reclamações Constitucionais ajuizadas no Supremo Tribunal Federal questionando a sua aplicação aos casos concretos, havendo, inclusive, prejuízo às partes que, muitas vezes, viram o julgamento de seus processos serem adiados ou suspensos em decorrência da indefinição da querela pelos Tribunais. Estes estavam impedidos de aplicar outra base para o cálculo do adicional de insalubridade, em analogia aos parâmetros do adicional de periculosidade, assim como de utilizar o salário mínimo para tal fim. Instalou-se insegurança jurídica tamanha que levou alguns a crerem estar o caso do adicional de insalubridade desregulamentado.

O problema adveio da imprecisa redação da Súmula em cotejo. Tão imprecisa que até mesmo o próprio Supremo Tribunal Federal, de início, divergiu quanto à permanência do uso do salário mínimo para o cálculo do adicional de insalubridade, até a edição de lei sobre o assunto, orientação esta que se consolidou posteriormente.

Dessa forma, embora superada a sensação de que o adicional de insalubridade estaria desregulamentado, visto que ele permanece sendo calculado pela mesma baliza geral que o era antes da edição e publicação desta Súmula, ou seja, o salário mínimo, atualmente, porém, referida base de cálculo é provisória, sendo que aguarda-se futura edição de lei sobre o assunto, assim como do julgamento em definitivo do mérito da Reclamação Constitucional nº 6.266, pelo STF.

De nossa parte, acreditamos que a redação da parte final da Súmula Vinculante nº 04, ao proibir que o juiz fixe novo parâmetro para o cálculo de vantagens - especialmente do adicional de insalubridade - representou engessamento aos seus destinatários, o que vai de encontro às modernas diretrizes de atuação pró-ativa do Poder Judiciário, ao Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição e ao Princípio de Vedação ao *Non-liquet*, constante do artigo 126 do Código de Processo Civil.

Ademais, forte nos princípios da razoabilidade e ponderação de interesses que devem nortear o operador jurídico, crê-se que a melhor solução seria a edição de lei federal atribuindo ao adicional de insalubridade a mesma base de cálculo atribuída ao adicional de periculosidade. Essa solução seria mais favorável ao trabalhador, em geral, e afastaria de vez o cálculo com base no salário mínimo.

Espera-se, por isso, que seja dada prioridade ao deslinde da questão do adicional de insalubridade pelo Supremo Tribunal Federal, para julgar o mérito da Reclamação Constitucional nº 6.266, a qual, desde 17 de junho de 2009, encontra-se conclusa ao Relator, e também pelo Poder Legislativo, que pode editar lei regulando a base de cálculo do referido adicional, pondo, em definitivo, uma solução à questão.

O que não se pode tolerar é que a sociedade seja prejudicada por uma má atuação dos Poderes de que ela própria, em última análise, é detentora.

## REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

---

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103 - A da Constituição Federal e altera a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinado a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário nº 477587. Agravo regimental no recurso extraordinário. Adicional de insalubridade. Vinculação ao salário mínimo. Artigo 7º, iv, cb/88. Impossibilidade. Fixação de outra base de cálculo. Omissão. 1. DJe, 2 dez. 2008a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=25&dataPublicacaoDj=06/02/2009&incidente=3656644&codCapitulo=5&numMateria=1&odMateria=3>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário nº 5657141-SP. Ementa constitucional. art. 7º, inc. IV, da Constituição da República. Não-recepção do art. 3º, § 1º, da lei complementar paulista n. 432/1985 pela constituição de 1988. Inconstitucionalidade de vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo: precedentes. Impossibilidade da modificação da base de cálculo do benefício por decisão judicial. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. Relator Minstra Cármen Lúcia. DJe, São Paulo, 30 abr. 2008b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=560067>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário nº 585483-RS. Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Adicional de insalubridade. Vinculação ao salário mínimo. Artigo 7º, IV, cb/88. Impossibilidade. Fixação de outra base de cálculo. Omissão. DJe, 7 out. 2008c. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14717668/embdeclno-agregno-recurso-extraordinario-re-585483-rs>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Insalubridade:** SDI-2 suspende julgamento até decisão do STF sobre Súmula 228. 26 ago. 2008d. Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no\\_noticias.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=8627&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8627&p_cod_area_noticia=ASCS)>. Acesso em: 19 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Liminar suspende Súmula do TST sobre pagamento de insalubridade.** 17 jul. 2008e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=93498&caixaBusca=N>>. Acesso em: 21 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. TST reedita súmula 228. 9 maio. 2008f. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/49810/tst-reedita-sumula-228>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **TST envia ao STF esclarecimentos sobre Súmula 228, suspensa por liminar**. 30 jul. 2008g. Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no\\_noticias.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=8588&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8588&p_cod_area_noticia=ASCS)>. Acesso em: 22 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **TST fixa novo critério para adicional de insalubridade**. 27 jun. 2008h. Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no\\_noticias.Exibe\\_Noticia?pCod\\_noticia=85&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?pCod_noticia=85&p_cod_area_noticia=ASCS)>. Acesso em: 22 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 228**. Nova redação foi publicada hoje. 04 jul. 2008i. Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no\\_noticias.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=8569&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8569&p_cod_area_noticia=ASCS)>. Acesso em: 22 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 4**. Supremo aprova 4ª súmula vinculante. 30 abr. 2008j. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDeta%20lhe.asp?idC%20nteudo=88106%20%20caixaBusca=N>>. Acesso em: 21 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Vinculação de adicional de insalubridade ao salário mínimo é inconstitucional**. 30 abr. 2008k. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88105&caixaBusca=N>>. Acesso em: 21 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. **CLT Saraiva e Constituição Federal**. 36. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009a.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento. Recurso de Revista. 1. Base de Cálculo do Adicional de Insalubridade. Súmula Nº 228 do TST. Processo nº AIRR-9/2006-024-04-40.7. Agravante (s) Susana Rosa da Silva e Outros. Agravado (s) Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A. Relator Min. Dora Maria da Costa. 19 fev. 2009b. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/12420899/pg-934-tribunal-superior-do-trabalho-tst-de-19-02-2009>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Insalubridade**: base de cálculo permanece salário mínimo até regulamentação. 12 jan. 2009c. Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no\\_noticias.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=8627&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8627&p_cod_area_noticia=ASCS)>. Acesso em: 22 abr. 2009.

---

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 585483 RS. Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Adicional de Insalubridade. Vinculação ao Salário Mínimo. Fixação de Nova Base de Cálculo. Impossibilidade. Relator Min. Eros Grau. DJe, Brasília, 13 ago. 2009d. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5253280/embdeclnos-embdeclno-agregno-recurso-extraordinario-re-585483-rs>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 7802 PR. Vistos, etc. Trata-se de reclamação ajuizada pelo Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda. ‘contra decisão proferida pela 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região’, que ‘está em aberta dissonância com a Súmula n. 4. Relator Carlos Brito. DJe, Brasília, 04 mar. 2009e. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3097602/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-7802>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Adicional de Insalubridade. Base de Cálculo. Pretensão Recursal de Adoção do Piso Salarial (Súmula Nº 17 do TST). Inaplicabilidade. Contrariedade a Súmula Vinculante 4 do E. STF. Princípio da Segurança Jurídica. Manutenção da Decisão Regional que Definiu o Salário Mínimo como Base de Cálculo, até Edição de Lei Posterior sobre o Tema. Processo nº RR-1788/2005-096-15-00.6. Recorrente(s) Amadeu Marques Filho. Recorrido(s) Avícola Paulista Ltda. Relator Min. Aloysio Corrêa da Veiga. 19 fev. 2009f. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/12420742/pg-777-tribunal-superior-do-trabalho-tst-de-19-02-2009>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **STF edita três novas súmulas vinculantes sobre matéria tributária**. 3 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=119601&caixaBusca=N>>. Acesso em: 7 fev. 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

PINTO, Alexandre Roque. Súmula vinculante: instrumento de pacificação? Ou o curioso caso da Súmula Vinculante nº 4. **Jus Navigandi**, Teresina, PI, ano 13, n. 2065, 25 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12382>>. Acesso em: 27 abr. 2009.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para Concursos Públicos**. 8. ed. São Paulo: Método, 2008.



SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. atual. São Paulo: LTr, 2003. v. 2.

TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante**: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **Sobre a súmula vinculante**. 09 set. 1996. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17152-17153-1-PB.htm>>. Acesso em: abr. 2009.

VIEIRA, Priscila Alencar de Souza. Súmula Vinculante nº 4 e suas repercussões no adicional de insalubridade. **Jus Navigandi**, Teresina, PI, ano 12, n. 1925, 8 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11826>>. Acesso em: 22 fev. 2009.



# O REFLEXO DO FLUXO MIGRATÓRIO NO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

## The reflection of the migratory flow in the Social Security System

George Júnior Pereira<sup>1</sup>

### Resumo

Devido à dinâmica capitalista, tem-se o processo de globalização, no qual há uma interação entre os Estados no que se refere ao fluxo de pessoas, capital, padronização de culturas, formação de blocos econômicos e outros, tudo isso para expandir o comércio entre os Estados. Assim, a tendência é que os Estados se unam, também no que diz respeito às legislações, para garantir aos trabalhadores um mínimo de garantia básica de direitos, capazes de englobar uma vida digna conforme aquilo que já foi reconhecido internacionalmente como direitos humanos, e, a partir daí, internalizar tais garantias a ponto de pressionar os governos a efetivar os direitos básicos, mormente aqueles relacionados à previdência social, visto que contribui àqueles cidadãos que estão fora de condições para o trabalho, mas que necessitam sobreviver. Para tanto, cabe aos Estados reconhecer esses direitos internamente e, quando houver caso de estrangeiros em condições de dependência a essas garantias, que o governo não se omita por faltar um acordo internacional com o país de origem daquele cidadão, que passou a residir em seu território, mas já contribuiu no seu país de origem e, portanto, deve ter seus direitos como contribuinte reconhecidos naquele país em que passou a residir, cabendo aos governos os acordos diplomáticos capazes de regulamentar a questão de compensação de arrecadação e gastos previdenciários, não deixando os cidadãos à mercê de vontade política em querer ou não estabelecer acordos internacionais que garantam seus direitos sociais.

**Palavras-chave:** Globalização. Acordos Internacionais. Previdência Social.

### Abstract

*The capitalist dynamics resulted in the globalization process, in which there is an interaction between states concerning flow of people, capital, standardization of cultures, formation of economic blocs, among others; all to expand trade between states. Thus the tendency is that the states become united regarding legislation in order to minimally guarantee workers' basic rights, encompassing a dignified life in accordance with what has already been internationally recognized as human rights. The next stage is to internalize such guarantees to pressure governments to put the basic rights into effect, mainly the social security ones, as they contribute to those citizens unable to work, but who need to survive. Therefore the states have to recognize these rights and, when there are foreigners in need of these guarantees, the government should not neglect an international agreement with the original country of those citizens currently residing in its territory, but who have already contributed to their country of origin. So foreign workers should have their rights as taxpayers recognized in the country they have been living, being the governments responsible for diplomatic agreements able to regulate collection compensation and security expenses, consequently not leaving these*

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade de Uberaba – UNIUBE. Graduado em Letras – Português/Inglês pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC.

---

*citizens dependent on the political will to establish international agreements that assure their social rights.*

**Keywords:** *Globalization. International Agreements. Social Security.*

## INTRODUÇÃO

Na década de 70, os Estados fornecedores de matéria-prima, considerados como países subdesenvolvidos, pretenderam compartilhar o crescimento econômico dos Estados desenvolvidos. Com isso, o *Welfare State*, segundo o qual o Estado se organiza politicamente como agente regulamentador social e organizador da economia, começou a demonstrar as limitações aí existentes.

As dificuldades surgiram devido ao aumento dos custos das matérias-primas e dos salários, implicando as pressões fiscais para atender às demandas sociais, o que, conseqüentemente, onerava os custos da produção e gerava queda da competitividade econômica e dos benefícios empresariais. Tal fato explica a razão de a classe dominante começar a perder o controle social e político das classes subalternas.

Assim, o *Welfare State* foi, aos poucos, sendo substituído pelas políticas neoliberais da década de 80, reduzindo o Estado à função assistencialista e apresentando o capitalismo com uma nova roupagem, para induzir à recepção da ideologia neoliberal como propulsora de desenvolvimento econômico permitindo, gradativamente, que as multinacionais assumissem o controle dos mercados mundiais.

Assim, nos últimos anos, o capitalismo tem passado por radicais transformações políticas, econômicas e sociais, o que tem intensificado o expansionismo.

Dentre os fatores impactantes, pode-se destacar a crise dos Estados nacionais, a valorização social da empresa, a consolidação e a incorporação das novas tecnologias e dos novos materiais no processo produtivo, além da adoção de novas formas de organização do trabalho. Isso tem possibilitado a globalização dos mercados e a internacionalização das atividades econômicas e dos serviços.

A interdependência das economias nacionais não é um fenômeno novo. O diferencial é a amplitude e a intensidade do intercâmbio de bens e capitais, atingindo de maneira avassaladora o direito do trabalho e o direito previdenciário.

No antigo sistema, o trabalho era rotineiro, repetitivo, e na maioria das vezes, centralizado no âmbito da empresa.

A dinâmica e as transformações tecnológicas permitem a ruptura com o paradigma anterior de empresa, empregado e direito. Com intensidades e amplitudes variadas, as relações e o direito do trabalho foram pautados pela articulação das políticas públicas e pela consagração da ampla liberdade de contratação pelos mais variados ordenamentos jurídicos. O resultado desse direcionamento foi o aumento da rotatividade da mão de obra entre os Estados.

Assim como o direito do trabalho teve de ser reestruturado para englobar as formas de internacionalização das economias e dos serviços, o direito previdenciário precisa ser repensado para garantir que o contribuinte originário de determinado Estado possa ter suas contribuições reconhecidas no Estado em que passa a residir.

## 1 Direitos humanos e globalização

A dignidade da pessoa humana tornou-se o princípio basilar da maioria dos sistemas jurídicos e meio social de efetivar os direitos fundamentais, sendo remanescentes ao Pós-segunda Guerra Mundial.

Após a Segunda Guerra, os conceitos de Direito Internacional Público foram reformulados, recepcionando princípios jurídicos e postulados políticos fundados na dignidade da pessoa humana e exigências éticas da consciência pública, inspirados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e estabelecedores de paradigmas mais democráticos para as relações internacionais. (SOARES, 1999, p.62)

Assim, com o intuito de evitar reiterados abusos aos direitos fundamentais da pessoa humana, procurou-se instituir instrumentos internacionais de proteção a esses direitos, por intermédio de tratados e pactos internacionais com influência sobre os ordenamentos jurídicos estatais. Isso com a finalidade de, a partir da positivação interna dos direitos sociais, tornar imperativa ao Estado a proteção social, o que poderá ser efetivado por meio de políticas públicas direcionadas aos setores sociais, dentre elas, a Previdência Social.

Segundo Macedo Júnior (1999, p. 225):

[...] poder-se-ia definir provisória e preliminarmente globalização como um processo de natureza econômica e política marcado pelas seguintes características: a) ampliação do comércio internacional e formação de um mercado global assentado numa estrutura de produção pós-fordista (ou pós-industrial); b) homogeneização de padrões culturais e de consumo; c) enfraquecimento da ideia de Estado-nação em benefício dos agentes econômicos do novo mercado global; d) formação de blocos comerciais.

Dessa forma, com o processo de globalização, há um aprofundamento da integração econômica, social, cultural e política entre Estados.

Ainda há de se ressaltar que, com a crescente relação entre os Estados - por influência do processo de globalização - o conceito tradicional de soberania do Estado tem passado por um processo de relativização, pois, com a globalização

---

econômica, tem-se por objetivo a eliminação das fronteiras nacionais para a criação de um mercado global.

[...] pode-se perceber – em um paralelo com a globalização econômica – que os direitos humanos globalizados e sem fronteiras operam também efeitos na concepção tradicional de soberania do Estado. Vale dizer, só é possível conceber direitos humanos globais mediante a relativização e flexibilização da soberania do Estado, em prol da universalização dos direitos humanos. (PIOVESAN, 1999, p. 196).

A esse respeito, ocorre um movimento cuja preocupação é a internacionalização dos direitos humanos, ou seja, converter os direitos humanos em tema de interesse da comunidade internacional.

Nesse sentido, em 10 de dezembro de 1948 é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos. Introduce a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observação dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e interrelacionada. (PIOVESAN, 1999, p. 196)

Portanto, a proteção dos direitos humanos não pode ficar restrita à jurisdição doméstica. Devem ser permitidas formas de monitoramento e responsabilização internacional quando os direitos humanos forem violados. Daí a necessidade de criar Pactos e Convenções internacionais, que, ao lado do sistema normativo global, busquem internacionalizar os direitos humanos no plano regional.

A partir de la aparición de la Comunidad Europea, comenzó a gestarse un nuevo derecho con características propias, el Derecho Comunitario. Resultaría que los vínculos de Derecho Comunitario son los emergentes de Estados integrantes de comunidades, em tanto los vínculos de Derecho Internacional público son los emergentes de Estados asociados en organizaciones internacionales. Los Estados integrantes se incorporan a entidades supranacionales o supraestatales a través de lazos jurídicos, económicos y políticos más sólidos y ejecutorios que los clásicos tratados internacionales. La integración genera una comunidad jurídica, um derecho común, propio de los Estados miembros. Por ello, este derecho tiene aplicabilidad inmediata, directa y automática

em el ámbito interno de cada Estado. Es decir, estamos frente a una disciplina autónoma, distinta del derecho internacional público y del derecho interno de los Estados miembros. (CAIELLA, 1999, p.57).

A ação internacional funciona como garantia suplementar de proteção, quando as instituições nacionais se mostram falhas, omissas ou, por vezes, inexistentes.

*De lo hasta aquí expuesto surge a priori la siguiente conclusión: tanto la Constitución como el Derecho Comunitario pretenden tener supremacía en el orden jurídico al que pertenecen. Esto plantea la relación de manera antagónica: o se plantea la supremacía constitucional, lo que implica desconocer la supremacía del Derecho Comunitario y por ende la pertenencia del Estado a alguna organización jurídica supranacional comunitaria; o bien se reconoce la supremacía del Derecho Comunitario con el consiguiente perjuicio del Derecho Constitucional. El conflicto puede ser de dos tipos: a) indirecto: oposición entre una norma comunitaria y una ley posterior (esto se complica en los países de control constitucional concentrado, pues el juez local se encuentra con una norma que no respeta la jerarquía normativa pero que el no puede declarar inconstitucional), y b) directo: hay oposición entre la norma comunitaria y la constitución. (Hay que distinguir si se trata de norma comunitaria originaria o derivada). Otra vez aparece el concepto de soberanía para dilucidar este aparente conflicto. Em el tratado fundacional, y en su caso en los posteriores, los Estados partes transfieren competencias sobre determinadas materias, em forma exclusiva e irrevocable, en favor de los órganos comunitarios. En esse ámbito específico el Derecho nacional no puede intervenir u oponersele en el futuro, pues el órgano legiferante ya no tiene competencia en materia que fue objeto de cesión o delegación. Es decir, sólo la noción relativa de soberanía es concurrente com los procesos de integración. (CAIELLA, 1999, p. 61-62).*

Assim, no aparente conflito entre uma norma do Direito Comunitário e do Direito Constitucional, há de prevalecer a originária do Direito Comunitário. Isso porque, na maioria das vezes, os países assinam tratados e transferem a esses órgãos a competência de legislar sobre determinada matéria. Nesse sentido, a competência, sendo objeto de cessão, caberá a esses órgãos internacionais, que deverão decidir sobre as controvérsias que surgirem a respeito do tratado.

## 2 MERCOSUL

Criado em 26 de março de 1991, por meio do Tratado de Assunção, o MERCOSUL reúne Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Importante ressaltar que esse bloco regional não compõe uma federação, visto que os Estados-Membros preservam a individualidade, enquanto sujeitos de Direito Internacional Público, exceto no que se referir às competências transferidas à comunidade regional.

---

O Tratado de Assunção, que definiu as bases para a criação do MERCOSUL, foi aditado por protocolos adicionais que estabeleciam a estrutura institucional desse bloco vigente no período transitório de União Aduaneira.

O MERCOSUL constitui um meio de desenvolvimento que visa alcançar uma integração mais competitiva das economias dos quatro países-membros. Essa integração caracteriza-se pela abertura comercial, pelo incentivo à modernização da economia e à renovação tecnológica em um mundo em que o progresso técnico torna-se cada vez mais essencial para o êxito dos planos de investimento.

A nova ordem internacional exige a globalização da economia e da sociedade, diluindo a competição comercial entre empresas e Estados através da formação de blocos econômicos regionalizados. A participação dos Estados tem sido decisiva para a integração dos blocos econômicos, visando processo político para criação do mercado dentro de parâmetros democráticos. (SOARES, 1999, p.16).

Com o intuito de fortalecer a dimensão social do MERCOSUL, houve a necessidade de estabelecer diversos acordos na área de Educação, Cultura, Justiça e Seguridade Social, como por exemplo: Educação - “Protocolo de Integração Educacional para Prosseguimento de Estudos de Pós-graduação nas Universidades dos Estados Partes do MERCOSUL” e “Protocolo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL”; Cultura - “Protocolo de Integração Cultural”; Justiça - “Protocolo de Cooperação Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa”; Seguridade Social – “Acordo Multilateral de Seguridade Social”.

Atualmente, os governos dos países integrantes do MERCOSUL reconhecem o acentuado desenvolvimento do processo de integração na região, do qual resultou uma maior intensidade da livre circulação de pessoas, capitais, bens e serviços.

Diante disso, há preocupação em elaborar políticas públicas capazes de estabelecer um mínimo comum de garantias trabalhistas e previdenciárias aos trabalhadores, mormente do fluxo de imigração do MERCOSUL, com auxílio doença, auxílio desemprego e com a garantia do benefício de aposentadoria - na inatividade por tempo de serviço ou por idade avançada.

O MERCOSUL reflete a superação dos conflitos políticos no âmbito regional e revela a emergência de acordos que possam solucionar as questões econômicas e sociais, bem como a necessidade de integração democrática dos Estados que compõem esse bloco. E, ainda, com o desenvolvimento de blocos econômicos, concretiza-se a necessária legalidade supranacional aos seus signatários, forjando a internalização dos direitos humanos e a implementação dos direitos fundamentais.



Graças à internacionalização dos direitos humanos, a comunidade internacional vive processo de transição, apresentando o Direito Comunitário como instrumento de possível compatibilização entre o princípio de autodeterminação dos povos, enquanto princípio de independência política e de compromisso democrático, e a nova ordem jurídica e econômica internacional. (SOARES, 1999, p. 65).

O avanço da harmonização da legislação social no âmbito comunitário - mormente do bloco MERCOSUL - viabiliza a melhoria de condições de vida e de trabalho dos cidadãos, haja vista as políticas públicas direcionadas e tendentes a minimizar aquelas outras políticas públicas recessivas e excludentes que possam diluir os avanços econômicos e sociais dos segmentos até então marginalizados das comunidades.

### 3 Seguridade social

É importante ressaltar que no Brasil foi adotado - com a Constituição Federal de 1988, mais especificamente no *caput* do artigo 1º - o Estado Democrático de Direito, e que, portanto, novos valores são resguardados como direitos fundamentais. Dentre eles, tem-se no inciso IV, também do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Assim, por meio de princípios fundamentais, assegura-se aos trabalhadores, dentre outros direitos, a seguridade social - conceito que envolve tanto a previdência quanto a assistência social.

O direito de segurança social procura resguardar, a todas as pessoas, condições de sobrevivência humana digna, afastando o problema da indigência.

Esse ramo do direito abarca: 1. o direito de previdência social, que cuida da estrutura das organizações previdenciárias, do financiamento do sistema, das prestações e dos benefícios; e 2. a assistência social.

Importante ressaltar que a palavra *previdência* deriva do verbo *prever*. Nascimento (1985, p. 431) afirma que “a palavra *previdência* significa a faculdade de prever, acautelar-se, providenciar hoje para que não falte amanhã”. Assim, prever tem significado de ver antecipadamente fato ou situação que poderá ocorrer no futuro.

Ainda de acordo com Gonçalves (2007, p.27):

O homem acautela-se ao organizar um sistema de previdência para quando, incapacitado para o trabalho, por idade ou por doença, não possa por suas próprias forças auferir rendimento para se sustentar, cuidando de situação em que toda sociedade tem interesse no bem-estar daqueles que não podem trabalhar, organiza-se o sistema de tal forma que o trabalhador integre-se nele, obrigatoriamente.

---

Previdência social refere-se ao sistema que almeja manter a subsistência do trabalhador, quando ele estiver impossibilitado de exercer o trabalho.

Nesse sentido, dispõe o artigo 201 da Constituição Federal de 1988:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes [...]. (BRASIL, 1988).

Assim, a previdência social garantirá meios de sobrevivência ou de auxílio, somente àqueles que contribuíram com o sistema.

Já os artigos 203 e 204 da Constituição Federal de 1988 não trazem o conceito de previdência social, contudo delinham sua natureza e objetivos.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204. As ações governamentais na área de assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, acredita-se que o conceito de assistência social está ligado à ideia de o Estado garantir aos alimentados, menores abandonados e indigentes

de toda espécie, condições de sobrevivência, não exigindo do assistido nenhuma contribuição.

Segundo Martinez (1989, p. 80):

A assistência social é um conjunto de atividades particulares e estas direcionadas para o atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações. Não só complementa os serviços da Previdência Social, como amplia, em razão da natureza da clientela e das necessidades providas.

Assim, assistência social refere-se ao fato de o Estado garantir aos seus cidadãos, uma vida digna, independentemente de qualquer contribuição.

#### **4 Breves noções sobre o Sistema de Previdência Social nos países do MERCOSUL**

Importante tomar algumas considerações sobre o sistema de previdência social de cada país membro do MERCOSUL para posterior compreensão de como aproveitar as contribuições quando da mudança do contribuinte.

##### **4.1 Argentina**

Na Argentina, a Lei nº. 24.241/1993 regula a base sobre o Sistema Integrado de Aposentadoria e Pensões daquele país, que cobre as aposentadorias por idade, invalidez e morte, integrando-se ao Sistema Único de Seguridade Social (SUSS).

O Sistema Previdenciário possui um regime público, fundamentado sobre a concessão, pelo Estado, de benefícios financiados por um sistema de repartição, além de um regime previdenciário baseado na capitalização individual. Todos os segurados (inclusive os trabalhadores autônomos) devem contribuir para um pilar público, de repartição, que provê uma pensão básica, devendo estar filiados a outro pilar complementar. A opção surge com relação à filiação a este último pilar, que pode ser um fundo de pensão vinculado ao regime privado ou um plano de previdência no âmbito do regime público. Se tal opção não é declarada, os segurados são automaticamente inscritos no regime privado de capitalização de contas individuais, de acordo com a Lei n. 24.241/1993. (CRUZ, 1999, p. 04).

O sistema é supervisionado por um órgão especial denominado Administradora Nacional de la Seguridad Social (ANSES), que exige a publicação periódica dos dados sobre a rentabilidade.

---

## 4.2 Uruguai

No Uruguai, a Lei nº. 16.713/1995 é que regula o sistema previdenciário o qual se caracteriza como um sistema misto, tendo em vista que compreende o regime contributivo de repartição - administrado pelo Banco de Previdência Social -, e o regime de capitalização individual - administrado por empresas privadas -, de forma combinada em três diferentes níveis.

O primeiro, de natureza solidária e estatal, financiado por empregados e empregadores, esse nível é complementado por um esquema redistributivo, direcionado aos grupos de menor renda não integrados ao mercado formal de trabalho. O segundo nível se concretiza pela poupança individual obrigatória, inclui os que percebem renda determinada entre dois valores, também recebendo contribuições do empregador e do empregado e sendo gerido por administradoras de fundos de pensão. E finalmente o terceiro nível é voluntário, destinando-se àqueles que possuem rendas altas (valores estipulados pelo Instituto de Seguridad Social). (CRUZ, 1999, p. 05).

Ressalta-se que o sistema previdenciário uruguaio foi reformado em apenas dois meses, demonstrando não ter havido tempo hábil para um amplo debate, sendo que o alcance da referida reforma estendeu-se a todos os cidadãos menores de quarenta anos de idade, até a data limite de 1º de abril de 1996. Caso os cidadãos com idade acima de 50 anos quisessem optar por esse novo sistema, poderiam aderir até a data de 20 de dezembro de 1996.

## 4.3 Paraguai

O sistema previdenciário paraguaio é organizado pelo Instituto de Previdência Social (IPS), que regulamenta e abrange duas áreas: a) aposentadorias e pensões; b) saúde da população.

No Paraguai, o sistema obrigatório e integral de seguridade social pode ser público, privado ou misto, sendo que a lei é que estabelece a forma de financiamento do sistema obrigatório, de acordo com as condições e interesses do segurado, conforme determinação da Constituição Paraguaia de 1992. Todavia, em qualquer caso haverá a supervisão do Estado.

O sistema utilizado no Paraguai é o contributivo, sendo pago pelo trabalhador e pelo empregador, na ordem de 9% e 14%, respectivamente.

Discute-se, no Paraguai, a adoção de mudanças no sistema previdenciário - no que diz respeito aos sistemas mistos - baseando-se nas experiências do Uruguai e da Argentina.

#### 4.4 Brasil

No Brasil, o sistema de Previdência Social é contributivo e de repartição simples, o que significa que há um fundo único para atender aos benefícios de todos os segurados, desde que estes preencham os requisitos previstos na legislação.

Ressalta-se a intensa participação do Estado na composição orçamentária, além da participação obrigatória dos empregados.

Há, ainda, a possibilidade da previdência facultativa, que tem caráter complementar.

#### 5 Acordo multilateral de seguridade social

No dia 15 de dezembro de 1997, em Montevidéu, foi aprovado o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul, MERCOSUL/CMC/Dec. n. 19/973, que estabelece, em seu artigo 2º, números 1 e 2, o seguinte:

##### ARTIGO 2

1. Os direitos à Seguridade Social serão reconhecidos aos trabalhadores que prestem ou tenham prestado serviços em quaisquer dos Estados Partes, sendo-lhes reconhecidos, assim como a seus familiares e assemelhados, os mesmos direitos e estando sujeitos às mesmas obrigações que os nacionais de tais Estados Partes com respeito aos especificamente mencionados no presente Acordo.
2. O presente Acordo também será aplicado aos trabalhadores de qualquer outra nacionalidade residentes no território de um dos Estados Partes, desde que prestem ou tenham prestado serviços em tais Estados Partes. (BRASIL, 2006).

Dessa forma, aplicar-se-á ao trabalhador a legislação do Estado Parte em que por último foi exercida a atividade laboral, reconhecendo-se o período trabalhado em outro Estado Parte, ressalvando-se as ocorrências enumeradas por Cruz (1999, p.06):

- a) trabalhador com tarefas profissionais de pesquisa, científicas, técnicas ou de direção, ou de atividades similares e outras que poderão ser definidas por uma Comissão Multilateral Permanente;
- b) pessoal de vôo e de trânsito terrestre;
- c) membros de tripulação de navio de bandeira de um dos Estados Partes. Além disso, os membros das representações diplomáticas e consulares estarão adstritos às legislações, tratados e convenções normalmente aplicáveis.

---

O Acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL representa um avanço em matéria social, pois assegura aos trabalhadores e à sua família qualidade de vida nos países em que são considerados estrangeiros.

Os Acordos Internacionais de Previdência Social, especificamente, não implicam modificações das legislações nacionais, o escopo é que cada Estado contratante analise os pedidos de benefícios dos trabalhadores e decidam quanto aos direitos de sua própria legislação, desde que haja um mínimo comum de direitos a serem reconhecidos entre esses Estados, além de se considerar o período laborado em outro Estado. Assim sendo, a discussão sobre a compensação de arrecadação e gastos previdenciários caberá a entendimentos diplomáticos entre governos.

## **6 Sistema de Previdência Social e acordos internacionais**

O Brasil, atualmente, mantém acordo internacional sobre previdência social com Cabo Verde, Chile, Espanha, Grécia, Itália, Luxemburgo, Portugal, além dos demais países que integram o MERCOSUL. Assim, os brasileiros residentes em países com os quais o Brasil não mantenha acordo de previdência social podem contribuir para o Regime Geral de Previdência Social na condição de facultativo.

O segurado facultativo refere-se àquele contribuinte maior de dezesseis anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, desde que não esteja na condição de segurado obrigatório <sup>2</sup>.

Destaca-se que o segurado facultativo faz jus às aposentadorias por invalidez, por idade e por tempo de contribuição tendo direito ao auxílio-doença e ao salário maternidade, bem como à pensão por morte e ao auxílio-reclusão - para os seus dependentes. No entanto, não será reconhecido o tempo de contribuição previdenciária realizada no seu país de origem, uma vez que sobre essa questão não existe um acordo recíproco entre os países.

Os acordos internacionais que versam sobre matéria previdenciária são considerados lei especial e visam promover normas quanto às obrigações e direitos previdenciários, haja vista o fluxo migratório dos trabalhadores. Esses acordos são elaborados justamente para que o tempo de contribuição em um ou mais países seja considerado também como tempo de contribuição no Brasil e vice-versa, de forma a gerar o reconhecimento recíproco dos benefícios e proporcional ao tempo de contribuição.

Assim, caso o contribuinte seja oriundo de um país com que o Brasil não mantenha acordo sobre a matéria previdenciária, restará ao contribuinte a oportunidade de figurar como segurado facultativo e receber os benefícios no

---

<sup>2</sup> Art. 12 da Lei 8212/91 e art. 9º do Decreto 3048/99) – são aqueles que, por exercerem alguma atividade profissional prevista na legislação previdenciária, já se encontram, obrigatoriamente, filiados ao Regime Geral de Previdência Social.

Brasil. Todavia, não será computado o tempo de contribuição do seu país de origem, ou seja, começará a contar um novo período como contribuinte, não levando em consideração aquele tempo que contribuiu no país onde residia. Poderão ocorrer casos em que talvez faltasse pouco tempo de contribuição para o contribuinte aposentar, se estivesse no país em que vivera até então, tendo efetuado os devidos recolhimentos pecuniários. Todavia, com a mudança de país, deverá iniciar outro período de contribuição.

## CONCLUSÃO

O sistema brasileiro é extremamente desregulado no que se refere ao reconhecimento das contribuições previdenciárias por parte dos imigrantes. É necessária a flexibilização das normas a ponto de favorecer esse intercâmbio de mão de obra, já que esse fator contribui para a diminuição do desemprego, uma vez que oportuniza aos trabalhadores a busca de uma condição melhor de serviço em outro país.

Combater o desemprego é assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que se estrutura o mercado de trabalho e diminui a desigualdade na distribuição de renda.

O importante a destacar é que o sistema brasileiro está ultrapassado e esgotado, necessitando urgentemente de iniciativas legislativas capazes de resgatá-lo enquanto conjunto de medidas que efetivamente regulem o mundo do trabalho e do direito previdenciário, em atenção à democracia e à dinâmica da economia.

É preciso a edição de legislação e o desenvolvimento de políticas que reconheçam as contribuições previdenciárias nos diversos países, desburocratizando a possibilidade de aposentadoria dos contribuintes. Para tanto, é mister a reforma e atualização das leis previdenciárias.

Tal exercício exigirá da sociedade e do governo ampla capacidade de negociação e tolerância, já que as dificuldades são imensas diante das especificidades nacionais.

No âmbito dos países integrantes do MERCOSUL, um passo importante foi dado com a adesão dos componentes desse bloco ao Acordo Multilateral de Seguridade Social. Porém, esses mesmos integrantes devem reconhecer, da mesma forma, os direitos daqueles cidadãos advindos de outro Estado que não faça parte desse acordo. Em outras palavras, com a globalização da economia, os imigrantes devem ter seus direitos reconhecidos naqueles países em que passam a residir, cabendo aos Estados elaborar ou aderir a acordos que facilitem esse reconhecimento, tratando de forma igualitária todas as pessoas, e não apenas reconhecendo um tratamento diferenciado e favorecido aos cidadãos dos países que compõem o MERCOSUL ou daqueles Estados que já disponham de acordos com o Brasil. As normas devem ser gerais, de modo que os trabalhadores não necessitem de esperar acordos diplomáticos entre os governantes dos Estados para terem seus direitos reconhecidos.

---

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.722, de 13 de março de 2006. Promulga o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul e seu Regulamento Administrativo, de 15 de dezembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5722.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5722.htm)>. Acesso em: set. 2014.

CAIELLA, Pascual. Problemas relativos a la compatibilización de los derechos constitucionales y el derecho comunitário. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

CRUZ, Vania Massambani Corazza da. A previdência social e o processo de integração regional do MERCOSUL. In: SEMINÁRIO DE SOCIOLOGIA E POLÍTICA DA UFPR, 1., 2009, Curitiba. **Anais eletrônicos...** Curitiba: UFPR, 1999. Disponível em: <<http://www.humanas.ufpr.br/evento/SociologiaPolitica/GTs-NLINE/GT4/EixoI/previdencia-social-VaniaMasambaniCruz.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2010.

GONÇALES, Odonel Urbano. **Manual de direito previdenciário**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Globalização e Direito do consumidor**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A seguridade social na Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 1989.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1985.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SOARES, Márcio Lúcio Quintão. **MERCOSUL: direitos humanos, globalização e soberania**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.



# UM POUCO MAIS DE “PRECAUÇÃO” COM AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: AS GERAÇÕES FUTURAS AGRADECERÃO

**A little more ‘caution’ with the areas of permanent preservation: future generations will thank**

*Matheus Almeida Caetano<sup>1</sup>*

## **Resumo**

A pesquisa abordará uma das formas de áreas destinadas à preservação e manutenção do equilíbrio ambiental consagradas pela legislação brasileira. Trata-se de determinadas áreas que, em razão de sua grande importância ecológica, não estão sujeitas – em regra - a intervenções humanas. O atual modelo da sociedade de risco facilita a compreensão da razão pela qual o Estado não consegue fiscalizar e aplicar a legislação ambiental de forma satisfatória. A Resolução n.º 369/2006 do CONAMA, em contrariedade à Constituição Federal, permitiu intervenções nessas áreas, ignorando alguns princípios ambientais como os da precaução e da equidade intergeracional. Por fim, os tribunais e a doutrina jurídico-ambiental brasileira reconhecem uma tutela baseada no princípio da precaução para a eficaz preservação dessas áreas para as futuras gerações.

**Palavras-chave:** Código Florestal. Áreas Protegidas. Sociedade de Risco. Princípio da Precaução. Princípio da Equidade Intergeracional.

## **Abstract**

*The research will explain one of the different types of areas that, by Brazilian legislation, are destined to the preservation and maintenance of the environmental balance. These are certain areas that due to its high ecological importance are not - as a rule – subject to human interventions. The current model of risk society facilitates the understanding of why the State cannot monitor and enforce environmental legislation in a satisfactory manner. Contrary to the Federal Constitution, CONAMA’s Resolution n.º 369/2006, allowed interventions in these areas, ignoring some environmental principles such as precaution and intergenerational equity. Finally, the courts and the Brazilian legal doctrine, recognize a protection based on the precautionary principle for the effective conservation of these areas for future generations.*

**Keywords:** Forest Code. Protected Areas. Risk Society. Precaution Principle. Intergenerational Equity Principle.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), da área de concentração “Direito, Estado e Sociedade”, na linha de pesquisa “Direito, Meio Ambiente e Ecologia Política”. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco, cadastrado no CNPq. Bolsista Capes-Brasil. E-mail: matheusalmeyda@hotmail.com.

---

## INTRODUÇÃO

As Áreas de Preservação Permanente (APPs) foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Florestal (art.2º) e, posteriormente regulamentadas nas Resoluções 302/2002, 303/2002, 341/2003 e 369/2006 do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA). Essa modalidade de espaço ecologicamente protegido tem sofrido com as inúmeras formas de intervenção antrópica, de forma a se poder chamá-las de áreas de “degradação permanente” (MARCHESAN, 2004, p. 190-216).

A degradação dessas áreas vem se transformando em um dos aspectos mais nocivos ao meio ambiente, já que inúmeras são as formas de intervenção humana nesses espaços de proteção ambiental, destacando-se: a explosão demográfica descontrolada que promove a ocupação de morros e encostas, favorecendo a formação de favelas; a realização de grandes empreendimentos imobiliários com loteamentos clandestinos ou irregulares; a destinação de esgotos urbanos e a fixação de aterros sanitários irregulares; a poluição das matas ciliares de rios, córregos, lagos e demais recursos hídricos; a destinação imprópria ao lazer, principalmente em reservatórios artificiais e margens de rios; além de empreendimentos industriais e atividades agrárias ou pecuárias irregulares que desrespeitam as distâncias das margens estabelecidas no Código Florestal (Lei 4771/65).

A pesquisa desenvolvida tem como escopo geral explicitar a relevância dos espaços territoriais especialmente protegidos, denominados Áreas de Preservação Permanente. Essas são representadas, de maneira geral, pelas formas de vegetação situadas ao longo de rios, represas, córregos, lagos, topos de morros, encostas, além de outros locais específicos designados pelo plexo normativo ambiental, e que, de fato, justificam uma proteção especial. Alguns comentários se fazem necessários sobre a legislação aplicável a essas áreas ambientais, dando-se destaque à famigerada Resolução n.369/06 do CONAMA. Esse ato normativo surgiu com o intuito de regulamentar alguns dispositivos (§1º do art.3º/ §3º do art.4º) do Código Florestal, no que tange aos casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou de baixo impacto ambiental que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente (APP). A referida Resolução, quando foi emitida pelo CONAMA, causou inúmeras discussões acerca da real importância da proteção das APPs, além de várias discussões a respeito de sua legalidade.

Definir-se-á a Área de Preservação Permanente com suas peculiaridades e funções, passando por alguns posicionamentos jurisprudenciais da matéria para que, posteriormente, adentre-se em alguns dos pontos polêmicos da Resolução n.º 369/06 do CONAMA. Ao final, uma breve análise dos Princípios da precaução e da equidade intergeracional será realizada, cotejando uma necessária ligação com as APPs, de forma a estabelecer algumas premissas para a otimização da proteção e preservação desses espaços de caráter ambiental.

## 1 O Direito Ambiental e o Código Florestal: um histórico preocupante.

O estudo histórico das questões ambientais brasileiras e do Código Florestal permitirá compreender a forma pela qual a natureza foi relegada a segundo plano pelos diplomas normativos nacionais, estimulando uma exploração infinita e mecânica dos recursos ambientais.

Em primeiro lugar, uma das razões históricas do descaso brasileiro com o meio ambiente decorre do próprio sistema colonial de exploração implantado por Portugal alguns séculos atrás. Ora, ao fazer das riquezas naturais brasileiras um mero depósito de matérias-primas portuguesas, notável foi a grande devastação das matas brasileiras, e, pior ainda, a nefasta herança deixada ao povo brasileiro: a ideia de abundância e indiferença para com o meio ambiente natural. Sobre isso, Arruda e Piletti afirmam que:

A forma predatória de exploração, com interesse imediatista e sem preocupação com o futuro, seria depois empregada em relação a todos os recursos brasileiros – minerais, vegetais e animais. Grandes áreas se tornariam improdutivas, como o Nordeste e outras regiões do País, e muitas espécies animais seriam extintas. O Brasil foi descoberto em 1500 e só na década de 1930 foi criado um Código Florestal. (ARRUDA; PILETTI, 1997, p. 149).

Dessa forma, no Período Colonial brasileiro, notava-se um suposto intuito de preservação dos recursos naturais - por parte das normas portuguesas –, já que o interesse era claramente econômico. Ora, tais normas eram indispensáveis ao pleno “desenvolvimento” do Estado português, inexistindo uma consciência ambiental propriamente dita (LEITE; AYALA, 2004, p. 137).

Se não fosse o bastante, a exploração do pau-brasil, principal atividade da época, deu origem a inúmeros atos normativos sobre a extração madeireira. Tal período (e, infelizmente não só este) destacou-se pela impunidade: “Nossa história, infelizmente, é de uma depredação ambiental impune. Na prática, somente eram punidos os delitos que atingissem a Coroa ou os interesses fundiários das classes dominantes” (MILARÉ, 2004, p. 118). Apenas em 23 de janeiro de 1934, por meio do Decreto n.º 23.793/1934, surgiu o primeiro Código Florestal brasileiro. Já a Lei n.º 4.504/64, conhecida como Estatuto da Terra, estabelecia em seu art.2º, §1º, alínea “c” que a função social da propriedade deveria: “c) assegurar a conservação dos recursos naturais;”. Essa postura meramente econômica era usual, mantendo uma mentalidade utilitarista em relação ao meio ambiente, arrastada desde o Período Colonial brasileiro, e representativa de uma mínima preocupação ecológica. “A Lei 4.771/1965 (segundo o atual Código Florestal) constitui um dos marcos para o Direito Ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, embora o contexto da época fosse desolador” (BENJAMIN, 2000, p. 22).

---

As questões ambientais ocuparam uma posição secundária na história do Estado brasileiro, de modo que se podem destacar, como prova inequívoca disto, as declarações do general Costa Cavalcanti (integrante da comissão brasileira enviada a Estocolmo para a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972):

Ficou famosa a frase do Gen. COSTA CAVALCANTI, chefe da delegação brasileira: ‘Um país que não alcançou o nível satisfatório mínimo para prover o essencial não está em condições de desviar recursos consideráveis para a proteção de meio ambiente’. (FELDMANN; CAMINO, 1992, p. 92).

Diante desse quadro, perceptível era a quase indiferença com o meio ambiente por parte da República Federativa do Brasil, contudo, assinava-se a Declaração de Estocolmo Sobre Meio Ambiente Humano de 1972. Essa Conferência influenciou o legislador nacional a promulgar a Lei 6.938/1981, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente. Tal diploma legal foi o marco do Direito Ambiental no Brasil, agora sim, com um real matiz ecológico, embora a prática e/ou o sistema político não a enxergasse dessa forma:

Em regimes ditatoriais ou autoritários, a norma ambiental não vinga, permanecendo, na melhor das hipóteses, em processo de hibernação letárgica, à espera de tempos mais propícios à sua implementação, como se deu com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, de 1981, até a consolidação democrática (política e do acesso à justiça) do país, em 1988. (BENJAMIN, 2007, p. 67).

Posteriormente, com a edição da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), o meio ambiente passou a ser uma questão de Justiça, pois se permitiu que algumas associações, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e o Ministério Público (tanto Federal quanto Estadual) acionassem o Poder Judiciário para tutelar o meio ambiente. Os interesses difusos foram definidos perante o ordenamento jurídico brasileiro no artigo 81, inciso I da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): “I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Importante ressaltar que o núcleo dos direitos de terceira geração ou dimensão, dentre os quais se encontra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é a sua titularidade difusa, a indeterminabilidade das pessoas alcançadas pelo direito ambiental.

A promulgação da Constituição de 1988 representa um divisor de águas para o Direito Ambiental brasileiro, por inúmeros motivos. Pela primeira vez, na história do constitucionalismo brasileiro, a Carta Mãe designou um capítulo

específico para o Meio Ambiente (Capítulo VI do Título VIII), transformando-o em direito indisponível no seio do artigo 225.

Inclusive, exemplo expresso dessa mudança de parâmetros está na modificação de um dos requisitos da função social da propriedade, pois antes da *Carta Magna* de 1988, a função social tinha somente como um dos seus elementos, a conservação dos recursos naturais (conforme art.2º, §1º, alínea “c” do Estatuto da Terra). Com a atual Constituição, revogou-se esse artigo da Lei n.º 4.504/64, de forma a estabelecer no artigo 186, II a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;”. Em síntese, a Constituição Verde é “o verdadeiro núcleo de fundamentalidade do Direito Ambiental brasileiro” (LEITE; AYALA, 2002, p. 116).

Assim, após 1988, o Estado tem um compromisso inadiável e insubstituível de proteger o meio ambiente por meio de suas três funções típicas. Fica, então, ao Poder Legislativo, a confecção de normas ambientais eficazes que não propiciem lacunas (ou evitem-nas ao máximo) aos destruidores do verde da bandeira brasileira e a não-submissão ao lobby, enquanto ao Executivo, a adoção de políticas ambientais sérias e descomprometidas com todo e qualquer tipo de privilégio. Por último, caberá, ao Poder Judiciário, aplicar as normas ambientais em prol da natureza, *in dubio pro natura*, intervindo, quando necessário, para a proteção do equilíbrio ecológico.

Após esse histórico da legislação ambiental brasileira, no próximo item, serão desenvolvidos os aspectos da sociedade de risco e uma de suas características nucleares, a irresponsabilidade organizada, assim como seus reflexos no meio ambiente.

## **2 A sociedade de risco e a irresponsabilidade organizada**

A Teoria da Sociedade de Risco foi criada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986 com a publicação de sua obra “*Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*” (Sociedade de Risco – rumo a uma nova Modernidade – sem tradução para o português) (BECK, 1998). Em linhas resumidas, trata-se de uma leitura sobre a sociedade contemporânea (sociedade de risco) e suas mudanças em relação à sociedade industrial. Diante da influência direta do sistema capitalista sobre todos os setores da sociedade, o meio ambiente não ficou imune à gana e à fúria da economia globalizada. A sociedade de risco é marcada por uma desenfreada produção social de riquezas que acaba por provocar uma infinidade de riscos. Porém, tal acúmulo de capitais não é socializado, e sim apenas os riscos dele decorrentes. Esse modelo social tem gerado inúmeras relações jamais vistas anteriormente, provocando uma verdadeira sensação de insegurança nos indivíduos, sendo um dos marcos ímpares das sociedades da era pós-industrial. Inaugura-se, desta forma, um novo e marcante período na história do homem, denominado: a sociedade de risco.

A produção desses riscos, frutos tardios que são da modernidade, e, simultaneamente, consequências da globalização e do progresso da ciência,

---

proveem das mais diversificadas fontes, dando origem a uma verdadeira multidimensionalidade, o que torna algumas situações insustentáveis para que as instâncias de organização normativa administrem os danos causados ao meio ambiente (irresponsabilidade organizada). Beck (1998) utiliza inúmeros conceitos, em sua obra, dentre os quais recortamos um, em especial, para este trabalho: o de “irresponsabilidade organizada”. Tal definição parece resumir esse paradigma de frustração, impunidade, alívio e mal de Pilatos que ocorre na sociedade contemporânea, consequência da falência do modelo de Estado de bem-estar social, baseado na certeza do paradigma de segurança gerado pela tecnologia infalível e perfeita. As tecnologias e os desequilíbrios trazidos pelas conquistas da modernidade são as provas desta atual sociedade de risco, sucedânea da sociedade industrial.

A sociedade de risco trouxe consigo uma generalização de insegurança, para que tudo possa ser realizado e divulgado como seguro. Esse é o paradoxo de viver concomitantemente na mais segura sociedade de todos os tempos e na primeira sociedade de risco da história. Presenciado recentemente, o grande avanço tecnológico - decorrência da confiança depositada na certeza científica tão em voga nos séculos XVIII, XIX e XX - acabou dando origem a novos riscos e incrementado aqueles já conhecidos. Tornou-se evidente a falência do grau de segurança dos conhecimentos científicos, tanto que Beck afirma: “Os edifícios científicos da racionalidade vieram abaixo” (BECK, 1998, p. 13). Sobre a relação disso com o meio ambiente, Bourg e Schlegel afirmam: “Quanto mais estendemos nossa influência sobre a natureza, mais incertezas criamos” (BOURG; SCHLEGEL, 2004, p. 59).

A sociedade de risco inaugura a civilização dos riscos inevitáveis, pois o surgimento de novos riscos são consequências diretas da modernização, processo que continua sendo indiferente aos perigos e prejuízos trazidos ao homem e ao meio ambiente. O que torna mais preocupante é que não se pode escolher viver ou não numa sociedade de riscos, já que esta tem o poder de atingir a todos, independentemente da classe social ou do hemisfério em que o sujeito esteja localizado. Isso acaba por gerar uma situação de insegurança nas pessoas, de forma tal que não se pode mais confiar nos produtos que consumimos, nem na segurança das informações passadas pela mídia, dentre outras coisas.

Em primeiro lugar, a expressão “irresponsabilidade organizada” é importante para se compreender a forma e as razões pelas quais as instâncias de poder e de regulamentação da sociedade moderna (industrial) admitiram o surgimento dos riscos e das degradações ambientais, enquanto, simultaneamente, negavam a sua existência, omitindo as suas origens e obstruindo os meios de controlá-los. Pode-se aferir como consequência dessa irresponsabilidade organizada:

Por outras palavras, as sociedades de risco são atormentadas pelo paradoxo de quanto maior for a degradação ambiental, observada e possível, maior é o peso de leis e normas ambientais. Contudo, simultaneamente, nenhum

indivíduo nem instituição parecem ser responsabilizados especificamente por alguma coisa. (GOLDBLATT, 1996, p. 241).

Viver já pressupõe um risco, mas a vida pós-moderna envolve muitos riscos invisíveis, ou seja, visíveis, mas não conhecidos; conhecidos, porém, modificados. Portanto, é um ninho de incertezas, a atual sociedade. A título de exemplo, nas cidades médias e grandes, convive-se com muitos deles, a saber: as inúmeras antenas de radiobase que emitem poluição eletromagnética no meio urbano, as poluições provenientes das indústrias e a situação preocupante das áreas de preservação permanente. Mesmo cientes da existência de todo um aparato estatal dirigido a responsabilizar os agentes e difusores desses riscos e danos ao meio ambiente, nada parece surtir efeito. Isso é a sociedade de risco. Ainda sobre a irresponsabilidade organizada, é importante salientar que “este conceito designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial” (BECK, 1997, p.15).

Nesse contexto da sociedade de risco, as áreas de preservação permanente são atingidas direta e indiretamente pelas consequências da modernidade, razão pela qual merecem uma abordagem específica na próxima seção.

### 3 As Áreas de Preservação Permanente

As Áreas de Preservação Permanente podem ocorrer tanto na malha urbana quanto na rural. Tal ocorrência dá-se com mais frequência e variabilidade no setor rural, porém não implica tratamento diferenciado. Apesar dessa diferença geográfica, a Constituição Federal de 1988 não fez distinção alguma entre o meio ambiente natural e o artificial, o que implica tratamento igualitário de APPs urbanas e rurais. Além disso, o próprio Código Florestal não faz distinção alguma entre APPs urbanas e rurais, conforme aduz a doutrina pátria: “o art.1º, do Código Florestal, ao estabelecer o âmbito de sua aplicação, não faz distinções entre situações rurais e urbanas, abrangendo, desse modo, ambas” (BORGES; MAGRI, 1996, p. 82).

Importa ressaltar que essas áreas protegidas não se confundem com as áreas de reserva legal florestal, tendo o Código Florestal determinado expressamente tal diferença (Art. 1º, §2º, III, Lei 4.771/1965). O primeiro ponto relevante, a ser apontado, consiste na localização desses diferentes institutos jurídicos, pois, enquanto as APPs espalham-se pelas cidades e zonas rurais, as áreas de reserva legal florestal existem apenas no âmbito rural. Além disso, enquanto o Estado não é obrigado a instituir a área de reserva legal (COSTA NETO, 2003, p. 14), a conservação e a proteção das APPs são obrigatórias tanto para os particulares quanto para a União, Estados e Municípios. Nesse sentido, Machado diz: “Diferenciam-se no que concerne ao domínio, pois a Reserva Legal Florestal somente incide sobre o domínio privado, sendo que as Áreas de Preservação Permanente - APPS incidem sobre o domínio privado e o domínio público” (MACHADO, 2006, p. 742).

---

Outro ponto a ser esclarecido tange à demarcação e averbação das áreas de preservação permanente perante a legislação brasileira. Infelizmente, a legislação federal não previu essas obrigações para essa modalidade de área protegida, sendo obrigatória apenas para a área de reserva florestal legal. Tal deslize da legislação ambiental brasileira deixou de otimizar a proteção das APPs, pois a “demarcação tem também um efeito pedagógico, pois os proprietários privados se autoconscientizam da função social de seus imóveis, e no caso das áreas urbanas, educa-se a população e comprova-se a boa governança ambiental” (MACHADO, 2006, p. 728). A averbação dessas áreas na matrícula junto ao Cartório de Registro de Imóveis seria o documento hábil e indicado – ainda que não obrigatório – para comprovar a existência de APPs na propriedade, possibilitando aos proprietários a exclusão da área de preservação permanente da base de cálculo do Imposto Territorial Rural (ITR) <sup>2</sup>.

O conceito de APP insere-se na categoria de “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos”, conforme artigo 225, § 1º, III da Constituição Federal de 1988. Destaca-se que a sua alteração ou supressão é permitida apenas por lei. O Código Florestal dispõe acerca das áreas de preservação permanente nos artigos 2º e 3º, embora seu conceito legal localize-se no art. 1º, §2º, II, nos seguintes termos:

[...] área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. (BRASIL, 1988).

Trata-se, na prática, das florestas e demais formas de vegetação naturais situadas ao longo de rios, ao redor de lagos e represas, no topo de morros, nas encostas com declividade acentuada, dentre outras áreas. Tal proteção especial é uma forma de, principalmente, assegurar o bem-estar das gerações atuais e futuras, como preconizam os princípios das equidades intrageracional e intergeracional. Em relação à terminologia, note-se que:

---

<sup>2</sup> “EMENTA: TRIBUTÁRIO - IMPOSTO TERRITORIAL RURAL BASE DE CÁLCULO – EXCLUSÃO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - DESNECESSIDADE DE ATO DECLARATÓRIO AMBIENTAL DO IBAMA. 1. O Imposto Territorial Rural - ITR é tributo sujeito a lançamento por homologação que, nos termos da Lei 9.393/96, permite da exclusão da sua base de cálculo da área de preservação permanente, sem necessidade de Ato Declaratório Ambiental do IBAMA. 2. Recurso especial provido” (STJ – Segunda Turma – Recurso Especial 2004/0081897-1 – Relator Min.Eliana Calmon, j. 12/12/2006, p. 05/02/2007).



Há muito começou a ser utilizada a expressão ‘área de preservação permanente’. E o uso tem sua razão, pois é um espaço territorial em que a floresta ou a vegetação devem estar presentes. Se a floresta aí não estiver, ela deve ser aí plantada. A ideia da permanência não está vinculada só à floresta, mas também ao solo, no qual ela está ou deve estar inserida, e à fauna (micro ou macro). Se a floresta perecer ou for retirada, nem por isso a área perderá sua normal vocação florestal. (MACHADO, 2006, p. 721).

Seu regime jurídico é rígido, e não se trata de mera nomenclatura a terminologia ‘permanente’, como afirma Machado (2006). Tal proteção é justificada pelo ancestral mais próximo das áreas de preservação permanente que eram as florestas protetoras, disciplinadas pelo art.4º do Decreto n.º 23.793/1934 (antigo Código Florestal)<sup>3</sup>.

A doutrina traz uma diferenciação das APPs. De um lado, temos Machado (2006) com a classificação por meio dos critérios de localização (art.2º do Código Florestal) e de finalidade (art.3º do Código Florestal); e de outro, Costa Neto (2003) defendendo a existência das APPs *ope legis* (art.2º) e as APPs administrativas (art.3º):

A Lei nº 4.771/65 reporta-se a dois tipos de florestas de preservação permanente: as florestas de preservação permanente *ex vi legis* e as florestas de preservação permanente administrativas. As primeiras decorrem diretamente da previsão legal (art.2º e §2º do art.3º), enquanto que as APP’s administrativas impescindem de declaração formal por ato do Poder Público (art.3º). (COSTA NETO, 2003, p. 204).

Indiscutível é a obrigação de todos (particulares e do Poder Público) de zelar por essas áreas, independentemente de possuírem ou não cobertura nativa, imperativo decorrente da própria norma (art.1º, §2º, II da Lei 4.771/1965): “II - Área de Preservação Permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa (...)”.

### 3.1 As Áreas de Preservação Permanente: natureza *non aedificandi* e *propter rem*

A primordial de suas peculiaridades é a de não edificação dentro dos seus limites, ou seja, são áreas “*non aedificandi*”, destinadas à preservação dos

<sup>3</sup> “Art.4º: Serão consideradas florestas protetoras as que, por sua localização, servirem, conjunta ou separadamente, para qualquer dos seguintes fins: a) conservar o regime das águas; b) evitar a erosão das terras pela ação dos agentes naturais; c) fixar dunas; d) auxiliar a defesa das fronteiras, de modo julgado necessário pelas autoridades militares; e) assegurar condições de salubridade pública; f) proteger sítios que, por sua beleza, mereçam ser conservados; g) asilar espécimes raros da fauna indígena”.

---

recursos hídricos, da paisagem, da biodiversidade, da estabilidade geológica, do fluxo gênico da fauna e da flora e do bem-estar das populações humanas. Nesse sentido, afirma Rochelle Jelinek:

Portanto, a restrição consistente na manutenção da faixa *non aedificandi* de preservação permanente, ao longo de qualquer corpo d'água, que recairá sobre o parcelamento do solo para fins urbanos, é necessária para a preservação do meio ambiente natural e para a qualidade de vida das populações. (JELINEK, 1996, p. 404).

Decorrente do seu regime de proteção “permanente”, tais regiões não são passíveis de alteração em virtude de sua imprescindível função de manutenção do equilíbrio ambiental. Ora, edificar e manter edificações nessas áreas infringe diretamente a legislação ambiental vigente, e desta feita, cabe ao Poder Público tomar as medidas cabíveis, visando à recuperação das APPs de forma a alcançar (ou pelo menos chegar ao mais próximo possível) o *status quo* existente anteriormente à degradação.

Importante é ressaltar, também, a natureza *propter rem* desses espaços ambientalmente protegidos. Apesar de ser uma categoria muito estudada na seara do Direito Civil, essa modalidade de obrigação reflete a transversalidade do Direito Ambiental, ao se utilizar de institutos jurídicos de outras áreas do Direito para sua aplicação. Em regra, as obrigações *propter rem* caracterizam-se pelas seguintes peculiaridades: a) – obrigação nômade que acompanha o titular de um direito real, decorrente do *status* jurídico de proprietário ou possuidor, ora, seja qual for o vínculo, somente se desobrigará caso lance mão de seu direito real sobre a propriedade; b) - a obrigação transmite aos sucessores e aos futuros adquirentes a título singular do devedor. A sua natureza jurídica é mista (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.22), por derivar dos troncos das obrigações pessoais e reais.

Por fim, alguns pontos importantes relacionados às áreas de preservação permanente que não serão aprofundados neste íterim em razão do corte metodológico do artigo, mas que se mencionarão, ainda que rapidamente: a) - a legitimidade passiva do atual proprietário nas ações civis públicas, não encontrando fundamentos jurídicos suficientes para se afastar do polo passivo, embora tenha contra o antigo proprietário ação de regresso; b) - a responsabilidade solidária e objetiva dos proprietários e arrendatários; c) - a necessidade premente de recuperação da área degradada com a demolição das edificações.

### 3.2 As funções das APPs

Várias são as funções desempenhadas pelas APPs, destacando-se: a preservação dos recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica, da biodiversidade, do fluxo gênico de fauna e flora, do solo (funções imediatas); e o asseguramento do bem-estar das populações humanas presentes e futuras (função mediata).

A preservação dos recursos hídricos ergue-se como uma das mais relevantes funções para todos, atualmente motivo de inúmeros conflitos humanos, a título de exemplo: a recusa dos israelenses em saírem dos territórios ocupados; os conflitos na África, principalmente nas regiões do Zaire, Ruanda, Burundi e Uganda (MILARÉ, 2004, p. 39).

Importante papel de preservação dos recursos hídricos é arrojado às matas ciliares dos vários cursos de água supramencionados. A mata ciliar é assim denominada porque “tal e qual os cílios que protegem os olhos, essa mata resguarda as águas, depurando-as, filtrando-as” (JELINEK, 1996, p. 394), por isso, a “eliminação da vegetação ciliar das florestas e das áreas alagadas são importantes causas na piora da qualidade das águas planetárias” (MARCHESAN, 2004, p. 211). Em resumo, os principais objetivos dessas matas são:

- a) reduzir as perdas do solo e os processos de erosão e, por via reflexa, evitar o assoreamento (arrastamento de partículas do solo) das margens dos corpos hídricos;
- b) garantir o aumento da fauna silvestre e aquática, proporcionando refúgio e alimento para esses animais;
- c) manter a perenidade das nascentes e fontes;
- d) evitar o transporte de defensivos agrícolas para os cursos d’água;
- e) possibilitar o aumento de água e dos lençóis freáticos, para dessedentação humana e animal e para o uso das diversas atividades de subsistência e econômicas;
- f) garantir o repovoamento da fauna e maior reprodução da flora;
- g) controlar a temperatura, propiciando um clima mais ameno;
- h) valorização da propriedade rural e
- i) formar barreiras naturais contra a disseminação de pragas e doenças na agricultura. (MARCHESAN, 2004, p. 207-208).

E mesmo diante dessa relevância, o Poder Executivo expediu a Medida Provisória 2.166-67/2001, a qual modificou o art.4º da Lei 4.771/65, trazendo a possibilidade de supressão eventual e de baixo impacto ambiental da vegetação em área de preservação permanente, atendidos alguns requisitos. Desta forma, tal autorização ceifou a função de proteção hídrica das APPs; observe:

No tocante às nascentes, a Medida Provisória, prevendo a possibilidade de supressão da vegetação nativa protetora, desprezou por completo a função hidrogeológica da mesma, contrariando expressamente as recomendações constantes da Agenda 21 e da Conferência Internacional sobre Água e Desenvolvimento, realizada na Irlanda em 1992. Destoou, ainda, da própria diretriz firmada pelo legislador pátrio, no art.1º,III, da

---

Lei 9.433/97, inserindo entre os fundamentos da Política Nacional dos Recursos Hídricos, aquele que declara ser a água um recurso natural limitado. (COSTA NETO, 2003, p. 210).

Apesar de tal autorização ter modificado substancialmente as finalidades das APPs, a aplicabilidade desse parágrafo terceiro ficou prejudicada até o dia 28 de março de 2006, data da publicação da Resolução CONAMA 369. Com essa, os recursos hídricos e as demais finalidades das áreas de preservação permanente ficaram entregues à sorte.

A função de tutela da paisagem destinada às APPs também é de suma relevância, sendo uma materialização do princípio da equidade intra e intergeracional, visando a salvaguardar as belezas naturais para as gerações presentes e futuras. A estabilidade geológica realizada pelas APPs aufere-se principalmente nas áreas de matas ciliares, pois a vegetação que acompanha o leito dos rios e córregos ajudam a fixar a terra dos barrancos, evitando o assoreamento das correntes de água e, desta forma, acabam por preservar os recursos hídricos por ricochete, como salientado acima.

Outra função das APPs é conservar o solo com seus nutrientes naturais, apropriados para as circunstâncias do local. As intervenções que suprimem essa vegetação rasteira impermeabilizam o solo, podendo acarretar diversos problemas ambientais como extinção de espécies vegetais e animais, assoreamento do curso d'água, enchentes e alterações climáticas (COELHO, 1996, p.348). A supressão da vegetação nativa, correspondente à cobertura vegetal do solo das APPs, responsável que é pela proteção contra a erosão pluvial (suas raízes protegem o solo) e a sedimentação (assoreamento) do curso d'água, acabam por facilitar que as chuvas carreguem grande quantidade de materiais para o recurso hídrico. O desmatamento, dessa forma, traz sérias consequências ao meio ambiente, pois o solo, que antes era retido pelas raízes das árvores e demais vegetações, agora será rapidamente transportado pelas chuvas. A ausência de cobertura vegetal aliada à terraplanagem e às edificações efetuadas no local acabam por acarretar a compactação das camadas do solo, provocando a formação de lajes adensadas com pouca profundidade, os chamados torrões de faces retas, que retiram do solo a capacidade de infiltração pluvial.

Por fim, a função de abrigo e proteção da biodiversidade, sendo a conservação da biodiversidade um dos compromissos do Estado Brasileiro perante a sociedade internacional, destacando-se a Convenção sobre Diversidade Biológica (1992), devidamente assinada, ratificada e promulgada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 2.519 em 16.03.1998.

### **3.3 A supressão das Áreas de Preservação Permanente e a Constituição Federal de 1988**

Os espaços territoriais especialmente protegidos, em que se incluem as Áreas de Preservação Permanente, podem ser utilizados, em caráter excepcional, nos

exatos termos preconizados no art. 225, § 1º, n. III, da Constituição da República: “[...] sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;”.

Nesse sentido, está *rigorosamente vedado, por ordem constitucional, qualquer utilização que comprometa quaisquer dos atributos justificadores de sua proteção*, que é o que tal Resolução pode acarretar no caso concreto, pois ceifa todas as finalidades ecológicas das Áreas de Proteção Permanente:

A norma constitucional não abriu qualquer exceção à modificação dos espaços territoriais; e assim, mesmo uma pequena alteração só pode ser feita por lei. A Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente propôs essa inovação aos constituintes e buscou inspiração na Convenção Africana sobre a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais. (MACHADO, 2006, p. 136).

Além disso, convém lembrar que a alteração e supressão desses espaços territoriais e componentes especialmente protegidos só podem ser alterados ou suprimidos por meio de lei: “A Constituição não está impedindo totalmente que a lei suprima ou altere esses espaços, mas indica procedimento específico para a transformação, que é o processo legislativo” (MACHADO, 2006, p. 723).

Será que o Poder Executivo poderia alterar esses espaços territoriais especialmente protegidos, como é o caso das áreas de preservação permanente? Notavelmente que não, é clara a norma constitucional.

Machado (2006, p.723) tece considerações a esse respeito:

Vê-se, assim, que esses espaços territoriais não podem ser alterados somente pela vontade do Poder Executivo, seja através de atos dos chefes desses Poderes como por atos de seus agentes. Decretos, portarias e resoluções administrativas não podem alterar e suprimir espaços protegidos e seus componentes – isto é, a flora e a fauna que estão nesses espaços.

Apesar desse posicionamento defendido pelo mencionado jus-ambientalista, a corte suprema brasileira decidiu por outras vias. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre esses espaços, especialmente protegidos, em duas ocasiões: na primeira, um decreto do Estado de São Paulo permitia a modificação de parque estadual somente com Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), inexistindo lei que autorizasse tal modificação; no segundo caso, o Procurador Geral da República ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art.1º da Medida Provisória 2.166-67/2001 no tocante a alteração que promoveu

---

no art.4º, *caput* e §§1º a 7º do Código Florestal. Esta última merece maiores considerações por tocar na raiz do problema, ou seja, tal modificação é que permitiu a edição da Resolução em debate. Constam dos autos desta que o Presidente do Supremo concedeu a liminar, mas o Plenário não referendou tal decisão posteriormente. Em resumo, o julgador decidiu que somente a alteração e a supressão do regime jurídico desses espaços territoriais especialmente protegidos é que seriam objetos de lei em sentido estrito, sujeitas aos ditames do princípio da reserva legal, e não as alterações nas áreas *in concreto*. Sobre essa decisão, atente-se aos comentários do ambientalista Affonso Machado:

O posicionamento da maioria dos juizes do Supremo no sentido de que somente a mudança do regime jurídico é que deve ser feita mediante lei diminui o alcance da proteção dos espaços territoriais a serem protegidos. Os Poderes Executivos da União, dos Estados e dos Municípios passam a ter o controle praticamente exclusivo da vida e da morte dos parques, reservas biológicas e áreas de preservação permanente. O que foi escrito e pensado pelos constituintes é diferente do que foi decidido. (MACHADO, 2006, p. 137).

Portanto, a Resolução 369, editada pelo CONAMA em 28 de março de 2006, não poderia alterar e suprimir espaços protegidos e seus componentes, pois:

Ora, não há dúvida de que as áreas de preservação permanente inserem-se no âmbito dos ‘espaços especialmente protegidos’ a que se refere o art.225, §1º, inciso III, CF. E nesse dispositivo ficou claramente estabelecido que a alteração e a supressão dos espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos somente serão permitidas através de lei. Lei em sentido formal. (COSTA NETO, 2003, p. 211).

#### **4 A Resolução nº 369/2006 do CONAMA**

A Resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) n.º 369/06 surgiu com o intuito de regulamentar alguns dispositivos (§1º do art.3º/ §3º do art.4º) do Código Florestal (Lei 4771/65), no tangente aos casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente.

A referida Resolução, quando emitida pelo CONAMA, causou inúmeras discussões acerca da real importância da proteção das APPs, além de várias discussões acerca da legalidade deste ato normativo. Posteriormente, discutir-se-á a Resolução n. 369/06 do CONAMA, analisando-se seus aspectos de legalidade, competência e compatibilidade com os princípios constitucionais ambientais mencionados por ela e que orientam as suas diretrizes.

Antes de submetermos o conteúdo da Resolução 369/06 ao crivo dos postulados jurídico-ambientais, algumas palavras sobre a natureza jurídica do CONAMA tornam-se necessárias. O Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) é um órgão consultivo e deliberativo (conforme art.6º, II da Lei 6.938/81 e art.6º, I da Lei 9.985/00), sendo sua competência definida pelo art.8º da Lei 6.938/81. É órgão integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), não se tratando de órgão legislativo, limitando-se a estabelecer diretrizes técnicas necessárias a aplicação das normas ambientais.

#### 4.1 A atuação dos poderes estatais

O poder geral e abstrato que decorre da soberania de um Estado articula-se em três funções básicas: a Legislativa, a Jurisdicional e a Executiva, segundo a Constituição Federal em seu artigo 2º. A cada uma dessas funções, também denominadas de poderes, fora atribuída uma atividade típica. Ao Legislativo atribuiu-se a função de emitir normas de caráter geral, abstratas e obrigatórias a todos; ao Judiciário atribuiu-se a função de dirimir conflitos, compor litígios, entre outras funções jurisdicionais; ao Executivo, atribuiu-se a função administrativa.

Porém, não há que se falar em exclusividade no exercício dessas funções. O exercício de funções normativas atípicas pelo Executivo, com expressa autorização da Constituição Federal, produz normas gerais e abstratas através do seu poder regulamentar, disposto no art. 84, IV, CF. Tal fato se dá já que o Poder Legislativo, ao editar as leis, nem sempre possibilita a imediata execução destas, de tal forma que resta à Administração Pública a criação de mecanismos de complementação de leis indispensáveis à sua efetiva aplicabilidade.

Tal prerrogativa é apenas complementar, não pode o Executivo alterar a lei ou inovar em algo que o Legislador não estabeleceu, já que caracterizaria abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo. Portanto, o poder regulamentar é subjacente à lei e, dessa forma, pressupõe a existência desta. Também é necessário que a lei não seja alterada por sua regulamentação, sob pena de invalidação do ato normativo, já que é aquela é que estabelece os limites e o conteúdo presente neste ato regulamentar.

Ponto a ser destacado é o Princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, II, da CF. Não podem ser considerados legítimos os atos de mera regulamentação que criam direitos subjetivos aos indivíduos, já que será caso de indevida interferência no Princípio da separação dos poderes.

Segundo a óptica do Direito Ambiental, a presente questão discutida acerca da Resolução do CONAMA n.369/06, gera inúmeras dúvidas quanto ao respeito ao princípio da separação dos poderes, posto que a própria Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º, III, como exposto alhures, é que determina a importância das APPs e impõe os limites necessários à defesa desses espaços territoriais especialmente protegidos. Exatamente nesse dispositivo normativo resta claro, conforme já mencionado, que apenas mediante Lei é que se poderia autorizar a supressão das florestas e demais vegetações nas APPs.

---

Apesar da existência da permissividade desta regulamentação na legislação infraconstitucional - já que o próprio Código Florestal, art. 4º, § 3º estabelece que seja o órgão ambiental competente que autorizará a intervenção em APP - é com a emissão da Resolução 369/06 do CONAMA que ficou claro o enfraquecimento da devida salvaguarda que o Legislador Constituinte pretendeu dar a essas tão relevantes áreas.

Além da ofensa aos princípios que vinculam o Poder Público à proteção e preservação do meio ambiente, quer em razão de sua concepção tecnicamente equivocada, insuficiente e perniciosa, quer ainda por deixar uma livre margem de atuação ao administrador público, não se pode admitir que tal regulamentação dê maior amplitude às possíveis intervenções que o próprio Legislador Constituinte pretendeu dar.

O conceito de “baixo impacto”, que será discutido posteriormente, não pode servir como justificativa aos anseios particulares de se utilizarem das áreas de preservação permanente para fins diversos do interesse público. É o que aduz a nova Resolução 369/06 do CONAMA, já que autoriza diferentemente da orientação constitucional, a supressão de vegetação e a intervenção nessas áreas, em uma proporção de 5%, aproximadamente, desde que comprovado o baixo impacto das referidas intervenções.

Sabe-se que, em grande parte do território nacional, são grandes as dificuldades por parte do Poder Público em obter auxílio da comunidade na Preservação das APPs. Nossa realidade assume cada vez maiores proporções, com aterros sanitários em APPs, grandes áreas de lazer construídas, loteamentos clandestinos e irregulares que há muito soterram para sempre APPs pelo Brasil afora.

Já se discorreu acerca da importância da proteção dessas áreas, mas o importante é a inadmissibilidade de aplicação dessa Resolução, nos moldes em que fora emitida pelo CONAMA. Tal fato deve ser sensivelmente considerado, já que a técnica e o procedimento implantados pela Resolução deixam dúvidas quanto à real possibilidade de intervenção nessas áreas, pelo fato de não terem sido criados critérios específicos e objetivos que pudessem vincular o administrador público no momento da concessão da autorização ao particular.

Ainda, patente é que a referida Resolução admite as intervenções desde que o requerente comprove a inexistência de risco de agravamento, além de realizar medidas compensatórias. Ora, o absurdo que tal ato administrativo do CONAMA possibilita é a criação de formas legais de intervenção em APP. Se realmente essa é a intenção, de se possibilitar tais intervenções, essa permissão só poderá ser dada por meio de uma lei. Ato normativo da Administração Pública não pode contrariar a reserva legal, bem como deve se restringir aos limites impostos pela legislação vigente, sendo somente possível a intervenção em extremos casos de utilidade pública e interesse social, para que não seja em vão todo o esforço da Constituição Federal de 1988, em elevar o Direito Ambiental como imprescindível meio de tutela do direito à vida, e à vida não apenas dos presentes, mas dos que estão por vir. Diante disso, no próximo item serão traçadas algumas observações sobre o termo baixo impacto ambiental, presente na Resolução 369/06 do CONAMA.



## 4.2 A impropriedade do termo “baixo impacto ambiental”

Pretende-se, no presente tópico, discutir acerca da utilização de conceitos jurídicos indeterminados que excepcionam a regra geral da vedação de intervenções em Área de Preservação Permanente. Assim dispôs o art. 10 da Resolução 369/06 do CONAMA: “Art. 10. O órgão ambiental competente poderá autorizar em qualquer ecossistema, a intervenção ou supressão de vegetação, eventual e de baixo impacto ambiental, em APP”. Dessa forma, ocorrerá inovação no leque de permissividades de intervenção nas APPs, por motivo da introdução do termo “baixo impacto ambiental”. A grande preocupação decorrente do texto desse simples artigo, é que o CONAMA possibilitou a intervenção do particular nessas áreas, apenas em se considerando os interesses privados, em detrimento de um interesse difuso: o meio ambiente.

Além de colocar por terra o princípio constitucional da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, dispõe de um bem que é de titularidade difusa, essencial ao desenvolvimento da vida, utilizando-se de regulamentação técnica que contraria todo o histórico normativo das APPs, e que se mostra insuficiente para a real salvaguarda desse bem.

O órgão ambiental competente deverá analisar, segundo a referida Resolução, a documentação do particular que deseja realizar a intervenção. Tais documentos deverão comprovar a inexistência de risco de agravamento de processos erosivos, enchentes, erosões, além de outros critérios. Deverá, também, apresentar proposta de compensação do dano ambiental que estará causando. Se comprovado pelo referido órgão que a intervenção é de baixo impacto ambiental, será concedida a autorização para a intervenção.

Está acima descrito o absurdo jurídico que se criou acerca das áreas de preservação permanente. Primeiramente, porque se padronizaram as condicionantes sem que se estabelecessem critérios claros e objetivos para que se pudesse aferir se realmente a intervenção causaria impacto significativo ou não. Segundo, porque qualquer que seja a avaliação da gravidade dos danos envolvidos, esta deveria sempre ser realizada através do licenciamento ambiental, não podendo ser dispensados o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), com a verificação de técnicos ambientais especializados. Inclusive, a jurisprudência já apontava nessa direção.

Atente-se aos comentários de Machado, ao afirmar que na Seção II (Das Atividades de Pesquisa e Extração de Substâncias Minerais - artigo 7º) desta Resolução CONAMA: “[...] dá-se a chance de substituição do EPIA/RIMA por outros estudos ambientais – o que é criticável-, não se estabelecendo obrigatoriamente forma eficaz de informação e de participação do público – princípios indispensáveis na gestão do meio ambiente” (MACHADO, 2006, p. 735).

---

Ora, tal Resolução implica em ofensa aos princípios da informação e da participação, ambos presentes no Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992:

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como oportunidade de participar em processos de tomadas de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos. (SILVA, 2002, p. 330).

Em terceiro, porque pequenas intervenções envolvendo, por exemplo, a supressão de vegetação, podem, dependendo do contexto em análise, apresentar uma grande relevância e significado do ponto de vista ambiental, quer isoladamente, quer pelo efeito conjunto (cumulativo). Isso devido ao seu papel na configuração da paisagem, na interação entre ecossistemas e no equilíbrio do clima urbano. Além disso, por seu papel na proteção dos solos, dos recursos hídricos, no controle da erosão e na prevenção de deslizamentos, além de seu papel na manutenção do patrimônio genético, da biodiversidade e dos fluxos gênicos, seja como abrigo de espécies da flora e fauna silvestres ou das endêmicas raras ou ameaçadas de extinção. As APPs são dotadas de uma complexidade ímpar, a qual se multiplica ao levar-se em consideração a sua existência nos diversos biomas brasileiros.

Além disso, há que se considerar suas implicações e sua importância para a regeneração natural da vegetação, através dos processos de sucessão ecológica, entre outros aspectos. O §2º do artigo 12 da citada resolução diz: “§ 2º - A intervenção ou supressão, eventual e de baixo impacto ambiental, da vegetação em APP não pode, em qualquer caso, exceder ao percentual de 5% (cinco por cento) da APP impactada localizada na posse ou propriedade”.

Quem fez um estudo sério e ponderado que possua provas cabais de que a intervenção ou supressão de 5% da APP impactada não é um médio ou um grande impacto ambiental? Relevante crítica a esses “valores limites de tolerância”(BECK, 1998, p. 72) (conceito que pode ser deslocado da poluição para a degradação ambiental também) é feita por Beck:

Quem limita a poluição também a consente. Aquilo que ainda é possível é por definição social <inócuo> - não importa o prejudicial que pode ser. Enquanto os valores limites de tolerância querem evitar o pior, supõem mais uma vez uma ‘carta branca’ para envenenar um pouco a natureza e o homem. (BECK, 1998, p. 72).

Poderiam alegar que o ‘Grupo de Trabalho no âmbito da Câmara Técnica de Gestão Territorial e Biomas para monitoramento e análise dos efeitos dessa Resolução’ poderia contornar os equívocos perpetrados durante a vigência da resolução em foco, mas uma dúvida vem à mente: o meio ambiente pode realmente recuperar os danos graves e significativos? Evidentemente que não, e aqui reside a preocupação com os efeitos em médio e longo prazo da aplicação de tal resolução. Justamente em razão disso é que surgiram os princípios reitores do Direito Ambiental atual: a prevenção, a precaução e as equidades intra e intergeracionais. Esclarecedor nesse sentido é o seguinte trecho da obra de Mazzilli:

No campo dos interesses transindividuais, há bens lesados que são irrecuperáveis, impossíveis de serem reconstituídos: uma obra de arte totalmente destruída; uma maravilha da natureza, como Sete Quedas ou Guaíra, para sempre perdida; os últimos espécimes de uma raça animal em extinção [...] Casos há em que a reparação do dano é inviável. É comovente, o provérbio chinês que lembra poder uma criança matar um escaravelho, mas não poderem todos os sábios do mundo devolver-lhe a vida... (MAZZILLI, 2004, p. 447-448).

Que os sábios desse Grupo formado pelo CONAMA não precisem se esforçar para tentar o impossível: trazer de volta algumas porcentagens de APPs perdidas para sempre por aí, sejam elas de 1%, 2%, 3%, 4% ou de 5%.

O termo “baixo impacto ambiental, utilizado na Resolução, pode permitir abusos de particulares que pretendem intervir em APPs na realização de empreendimentos particulares, em prejuízo do meio ambiente em questão. Tal fato configura manifesta afronta à Constituição Federal da República, já que quer menoscabar os limites impostos para a defesa dos espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, § 1º, III), além de desguarnecê-los da devida salvaguarda, em ofensa aos princípios que vinculam o Poder Público à proteção e preservação do meio ambiente. Dentre estes, alguns como os da precaução e da equidade intergeracional serão expostos abaixo devido às suas íntimas ligações com as áreas de preservação permanente.

## **5 Os princípios da precaução e da equidade intergeracional e as áreas de preservação permanente**

Aqui serão apresentados os princípios da precaução e da equidade intergeracional, suas características e respectivas aplicações pelos tribunais na proteção das Áreas de Preservação Permanente. Dar-se-á ênfase à importância de realização do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) – materialização do princípio da precaução – nas possíveis intervenções em APPs, visando a evitar ou minimizar as perdas ambientais que afetem as futuras gerações (equidade intergeracional).

## 5.1 O Princípio da Precaução

O Princípio da precaução surgiu da necessidade de se tutelar com mais eficiência o meio ambiente, inaugurando uma nova postura preventiva do Direito Ambiental. Percebeu-se que o meio ambiente não pode ser reconstituído, pois a perda de uma espécie, um habitat ou um bioma jamais poderá, por exemplo, trazer de volta, com as mesmas características, os seres que ali habitavam.

O embrião desse importante princípio de Direito Ambiental é atribuído aos alemães (*Vorsorgeprinzip*) por terem se utilizado dele, desde a década de setenta, em suas políticas de gestão ambiental, mais precisamente após a realização do Relatório Ambiental de 1976, pelo governo alemão, prevendo a aplicação do Princípio nos casos de ameaça de dano irreversível ao meio ambiente.

Seu reconhecimento como princípio autônomo, na esfera internacional, adveio de forma específica na 2ª Conferência Internacional para a proteção do Mar do Norte, em 1987. Nessa ocasião, reconheceram algumas de suas peculiaridades como a obrigação do uso das melhores tecnologias disponíveis (*best available technology*), mesmo diante da incerteza científica incapaz de comprovar o nexo de causalidade entre as emissões de substâncias tóxicas e os poluentes suscetíveis de poluir os oceanos.

A Conferência das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica (1992) consagrou o Princípio da precaução em seu preâmbulo, enquanto a Convenção Sobre a Mudança de Clima (1992) o estabeleceu no item três do artigo 3. Insta lembrar que essas duas convenções foram devidamente ratificadas pelo Congresso Nacional por meio dos Decretos n.º 2.652/98 e n.º 2.519/98. A Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92) consagrou a precaução em seu princípio 15. Por último, salienta-se que o postulado jurídico em análise foi objeto de inúmeras convenções internacionais que não serão mencionadas aqui devido à brevidade deste trabalho. Apenas a título de curiosidade, a Comunidade Europeia já possui uma “Comunicação sobre o Recurso ao Princípio da Precaução”, traçando mecanismos aplicativos do mesmo: “[...] a proporcionalidade, a não-discriminação, a transparência e as ações coerentes possam ser tomadas, requer um processo estruturado de tomadas de decisões com detalhes científicos e outras informações objetivas” (BENJAMIN, 2007, p.118).

Trata-se do postulado jurídico de natureza ambiental constitucional, previsto implicitamente no *caput* do artigo 225 e incisos I, II, IV e V do §1º da CF e proclamado pelo próprio sistema jurídico-ambiental (BENJAMIN, 2007). Seu principal objetivo é evitar que o dano ambiental se concretize nos casos de ausência de certeza científica a respeito dos possíveis prejuízos à saúde humana e ao meio ambiente.

O Princípio da precaução possui dois requisitos para a sua aplicação. São eles: a ameaça de danos e a incerteza científica. O primeiro está presente tanto na Declaração sobre Diversidade Biológica quanto na Convenção Sobre a Mudança de Clima. Há uma diferença quanto ao adjetivo qualificador da ameaça de danos, pois essa última exigiu que a ameaça fosse séria ou irreversível, refle-

tindo um antropocentrismo puro como veremos a seguir. Já aquela, passível de análise por estabelecer medidas de regulamentação e proteção da biodiversidade (uma das funções das APPs) exigiu que a ameaça fosse de sensível redução ou perda de diversidade biológica, transparecendo a sua postura antropocêntrica alargada (LEITE, 2007). Disso se nota que o relevante não é o dano em si, mas sim a ameaça de dano, pois o convívio em uma sociedade de risco não permite dar um cheque em branco para as atividades humanas possivelmente poluidoras do meio ambiente. O mito do progresso científico infalível ganhou força com a certeza científica tão perseguida desde o Iluminismo. Percebeu-se que a incerteza científica é um dos fatores que torna a atual realidade uma verdadeira sociedade de riscos. Assim, o segundo elemento está presente no mesmo *locus* destas convenções, no preâmbulo da Convenção da Diversidade Biológica afirmando que a ausência de certeza científica absoluta não pode ser um empecilho para a adoção do princípio em voga. A incerteza científica gera três relevantes consequências práticas muito bem apontadas por Alves:

O princípio da precaução não exige que o dano seja cientificamente comprovado, nem mesmo que seja certa sua ocorrência ou determinados os seus efeitos. Basta a dúvida ou incerteza de haver a lesão ao meio ambiente para autorizar a utilização desse princípio, pois o dano propriamente dito pode ser entendido sob várias facetas. (ALVES, 2005, p. 48).

Como a precaução deve ser utilizada na presença da incerteza científica, evidente que os riscos serão abstratos, incertos. Leite e Ayala asseveram que “em se tratando do princípio da precaução, a prevenção é dirigida ao perigo abstrato” (LEITE; AYALA, 2002, p. 62). Diante de um risco desconhecido, há de se aplicar a precaução no primeiro momento possível, já que as futuras gerações têm direito a usufruírem de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não sendo viável que se jogue cartas com os riscos ambientais, como o próximo princípio indica.

A biodiversidade, abordada especificamente na Convenção sobre Diversidade Biológica, é um dos objetos tutelados pelas áreas de preservação permanente. Tal convenção é parte integrante do ordenamento jurídico nacional, devendo ser observada, por força do Decreto n.º 2.519, de 16 de março de 1988. Nela, inúmeros princípios de Direito Ambiental estão presentes tais como: a precaução (preâmbulo) e as equidades intra e intergeracional (preâmbulo). Claro fica que, para uma tutela eficaz da biodiversidade, as áreas de preservação permanente necessitam de mecanismos embasados no princípio da precaução:

EMENTA: Apelação cível. Recurso interposto pelo Ministério Público. Ação civil pública. *Mata Atlântica*. Desmatamento. Dano Ambiental. Sentença que julgou extinto o processo sem julgamento do mérito por perda do objeto, ao argumento de que, diante da ocorrência da progressiva

---

regeneração natural da área desmatada, a condenação ao replantio do local causaria ainda mais prejuízos ao meio ambiente. Reforma da sentença. Interesse de agir do MP que subsiste, pois tem direito a ver o direito difuso tutelado de maneira tão completa quanto possível. Teoria da causa madura. Procedência do pedido que se impõe. Parecer técnico que evidencia estar a área afetada em processo de sucessão secundária (auto-renovação das flores tropicais). Teoria da reparação integral do dano ambiental. *Aplicação dos princípios da prevenção e precaução. Área desmatada que merece ser protegida até a sua integral regeneração. Cessação das atividades danosas e recuperação total da área de preservação permanente, retornando-a ao status quo ante, que se impõem.* Precedentes jurisprudenciais. Inteligência do art. 11 da Lei 7347/85. Apelo ministerial provido. Procedência do pedido formulado nos autos da ação civil pública.

Pode-se mencionar, ainda, o Decreto n.º 4339/2002, responsável por instituir os princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade, que em seu art. 1º determina que os princípios estabelecidos no anexo (que faz menção expressa ao princípio da precaução) serão observados. Por fim, salienta-se que as Resoluções 302/2002, 303/2002 e 369/2006 do CONAMA, relativas às APPs, também fazem menção expressa ao princípio da precaução.

Importante estabelecer as íntimas ligações do EIA/RIMA com o Princípio da precaução, em primeiro lugar por ser uma própria materialização dele, já que o “estudo prévio de impacto ambiental, em outras palavras, permite que seja conhecida a certeza ou incerteza do dano” (ALVES, 2005, p.87). Em segundo, porque há uma intersecção entre o EIA e a precaução quanto à inversão do ônus da prova, ou seja, ambos têm a propriedade de atribuir, ao empreendedor, o encargo de provar que a atividade não causará impacto irreversível e não ao Administrador (MILARÉ, 2004):

Quem tem o ônus de provar que a atividade que pretende exercer não tem a potencialidade de causar dano significativo é o próprio empreendedor, e não os órgãos públicos ambientais. Ao empreendedor ou proponente do projeto, cabem as despesas com a elaboração do EPIA/RIMA (art.17, §2º, do Decreto 99.274, de 6.6.1990). (MACHADO, 2006, p.223).

A proteção das áreas de preservação permanente necessita da aplicação do Princípio da precaução, consubstanciada na exigência do estudo prévio de impacto ambiental, conforme já decidiu a jurisprudência pátria:

*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE DE DANO IRREVERSÍVEL NA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PRINCÍPIO DA PRE-*

### CAUÇÃO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO.

Na disciplina da Constituição de 1988, a interpretação dos direitos individuais deve harmonizar-se à preservação dos direitos difusos e coletivos. A preservação dos recursos hídricos e vegetais, assim como do meio ambiente equilibrado, deve ser preocupação de todos, constituindo para o administrador público obrigação da qual não pode declinar. A Política Nacional do Meio Ambiente prevê a necessidade de licença ambiental para as atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente. A importância dos manguezais vem do fato de inserirem uma grande diversidade biológica, além de exercerem funções essenciais para o equilíbrio da vida não só nas regiões onde se localizam, como também por irradiarem reflexos extra-regionais. Precedente da eg. 1ª Turma, AC 278430 RN, rel. Des. Fed. Francisco Wildo. Indispensáveis o estudo prévio de impacto ambiental e o relatório de impacto ambiental - EIA/RIMA, como condição para a concessão de licença ambiental para empreendimentos em áreas de manguezais. Sua falta contamina com nulidade absoluta o procedimento que culminou na concessão do licenciamento. *O princípio da precaução recomenda que em defesa da sociedade não seja admitida a exploração da área em questão.* Agravo de instrumento improvido. (BRASIL, 2004).

## 5.2 O Princípio da Equidade Intergeracional

Inicialmente, cabe lembrar que a equidade possui duas referências delimitadas no tempo, ou seja, está direcionada tanto para a preservação do meio ambiente como para as gerações atuais e futuras. Tais equidades são denominadas, respectivamente, de equidade intra e intergeracional. Neste artigo, apenas a equidade intergeracional será abordada.

Trata-se de uma obrigação dupla, de caráter positivo no que se refere à obrigação de fazer, ou seja, tanto preservar e utilizar os recursos ambientais com parcimônia, quanto de caráter negativo ao impor aos destinatários a abstenção de qualquer atividade possivelmente causadora de degradação do meio ambiente.

Afere-se que a indeterminação dos titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma das facetas da equidade intergeracional, bem explicitada por aqueles danos ao meio ambiente que não atingem somente os moradores atuais da região degradada, mas também as gerações futuras, dessas regiões. Tais gerações terão de suportar os efeitos nefastos do desastre ecológico (a título de exemplo, o desastre da Usina de Chernobyl que é responsável por causar defeitos congênitos, até os dias atuais, nas populações atingidas pelo vazamento nuclear ocorrido no ano de 1986, na Ucrânia). O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é de “todos”, conforme norma decorrente do *caput* do art.225 da CF, e nessa expressão compreendem-se tanto as gerações presentes quanto as futuras. Entretanto, além de ser um princípio, representa também uma nova modalidade de responsabilidade, estabelecida entre os indivíduos indetermináveis (relação jurídica entre a geração presente e as futuras) que obje-

---

tiva a salvaguarda do meio ambiente sadio (objeto da relação jurídica). Trata-se, portanto, “de uma obrigação jurídica, a qual não se restringe ao campo ético e moral, contando com guarida constitucional” (MIRRA, 1994, p. 13).

A equidade intergeracional surgiu da Declaração de Estocolmo (1972), mais precisamente dos princípios 1 e 2, defendendo a preservação dos recursos naturais existentes na natureza em benefício das gerações atuais e futuras. Entretanto, essa expressão teve repercussão com a obra de Edith Brown Weiss (1989). Já na Convenção sobre Mudança de Clima (1992) também se fez menção a tal princípio, tanto em seu preâmbulo (por duas vezes), quanto no item de número 1 do artigo 3º. A Convenção sobre Biodiversidade Biológica também trouxe o princípio ao final de seu preâmbulo.

Adentrando ao tema das áreas de preservação permanente, junto com o artigo 225 da CF, podem-se mencionar as três Resoluções do CONAMA que disciplinam essas áreas protegidas, a saber: as de número 302 e 303 de 2002 e a de número 369 de 2006. Todas contemplam a equidade intergeracional em seus respectivos preâmbulos: “Considerando que as Áreas de Preservação Permanente e outros espaços territoriais especialmente protegidos, como instrumento de relevante interesse ambiental, integram o desenvolvimento sustentável, objetivo das presentes e futuras gerações;”. Também o decreto supramencionado que instituiu os princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade (Decreto n.º 4339/2002) acolhe a proteção das gerações futuras nos itens 2, V; e 5 do Anexo. Não obstante, a doutrina ambiental nacional e a jurisprudência têm reconhecido importância às áreas de preservação permanente para as gerações futuras:

[...] o art.2º e suas alíneas a, b e c visam a proteção das águas, enquanto que as alíneas d, e, f, g e h, objetivam a proteção do solo. Por conseguinte, temos a tutela imediata dos recursos ambientais inseridos tanto no meio natural como no artificial ou urbano, com vistas à tutela mediata sempre da melhor qualidade de vida para o homem, respeitados os princípios do direito ambiental, entre eles, o desenvolvimento sustentável – equidade entre as gerações. (BORGES; MAGRI, 1996).

A perspectiva temporal deste princípio liga o passado, o presente e o futuro, de forma a propiciar uma solidariedade ambiental entre gerações. Em resumo, intenta-se uma preservação do patrimônio ambiental para a próxima geração, contanto que esta não o receba em condições inferiores àquela desfrutada por nós e usufruída pelos nossos ancestrais. Diante da possibilidade de extinção de espécies animais ou vegetais e da devastação de biomas e de paisagens – elementos essências das APPs –, cujos reflexos recaem diretamente sobre as gerações presentes e futuras, o Princípio da precaução embutido no EIA tem como intuito de afastar a nefasta impossibilidade de retorno ao *status quo ante*:



Daí decorre a nítida ligação do princípio da precaução com a equidade intergeracional, base do desenvolvimento sustentável, e o estudo de impacto ambiental serve para torná-lo possível no mundo das coisas, já que, por meio desse importante instrumento de política ambiental, é possível antever os riscos ambientais de certas atividades e empreendimentos. (RIOS; DERANI, 2005, p. 100).

## CONCLUSÃO

Embora exista todo um aparato estatal de proteção às Áreas de Preservação Permanente, estas se encontram degradadas por diversas formas de intervenção antrópica, demonstrando que as instituições do Estado não exercem uma tutela preventiva dessas áreas, o que ocasiona inúmeros problemas sociais como a ocupação desordenada do solo, a degradação ambiental e a poluição de fontes hídricas. Ocorre aqui, um verdadeiro simbolismo ambiental, pois o problema da degradação ambiental continua, não obstante a existência de leis mais severas e mais específicas para impedi-la. Tal complexidade causa uma série de reflexões, as quais podem ser dispostas e constadas na prática da seguinte forma: ↑ degradação ambiental = ↑ produção de leis relacionadas à proteção ambiental = ↓ proteção ambiental efetiva; ↑ o número de agentes poluidores = ↑ poluição = ↓ efetiva responsabilização dos poluidores = ↑ questionamento social em relação às normas de imputação de responsabilidades. Nesta sociedade de massas, cabível é o seguinte raciocínio: ↑complexa a sociedade = ↑ necessidade de exploração do meio ambiente = ↓ controle e fiscalização do Poder Público = ↓senso de responsabilidade = ↓ proteção ambiental efetiva. Tudo isso em decorrência da substituição dos padrões de condutas individuais por padrões de ações coletivas o que acaba por potencializar a degradação do meio ambiente e diluir as responsabilidades individuais. A importância dessa noção justifica-se, pois:

O fenômeno da irresponsabilidade organizada representa com clareza a ineficácia da produção e proliferação normativa em matéria de proteção do ambiente, como instrumento para o enfrentamento da crise ambiental, e dos desafios postos ao Direito do Ambiente nas sociedades de risco, e caracteriza os novos contornos da crise ambiental que se apresenta, dessa forma, como objeto renovado a esse Direito do Ambiente (LEITE; AYALA, 2002, p. 13).

Ante todo o exposto, notável que a aplicação da Resolução do CONAMA n. 369/06 veio permitir mais degradação, de forma a perder o foco de que as Áreas de Preservação Permanente enquadram-se na categoria de espaço territorial especialmente protegido. A referida Resolução possibilita um significativo crescimento da intervenção humana nas áreas constitucionalmente preservadas, sem a devida e necessária segurança técnica presente no EIA/RIMA, reduzindo, assim, os espaços ecológicos preservados, desequilibrando o que deveria ser o “meio ambiente equilibrado”.

---

O uso das APPs não deve ser outro, mas apenas aquele previsto na Lei Magna, exigindo-se a edição de lei em sentido estrito, em respeito à reserva legal. Deve-se garantir também a real integridade e perenidade do bem, já que existe proibição constitucional da degradação dessas áreas, que, apenas quando extremamente necessários, por utilidade pública e interesse social deverá ser possibilitada, sempre com a exigência do estudo de impacto ambiental.

Por estes motivos, evidente está que a Resolução n. 369/06 do CONAMA afronta diversos princípios e dispositivos constitucionais, não podendo legitimar validamente a ocorrência de intervenções que causem alterações adversas às áreas de preservação permanente. Desse modo, quando da aplicação prática desta Resolução, deve-se ter presente o disposto na segunda parte do inciso III do § 1º do art. 225 da CF, além de pautar-se, vinculadamente, pela obediência aos princípios da precaução, das equidades intra e intergeracional, da reserva de lei em sentido estrito, da prevenção e da obrigatoriedade da intervenção estatal em defesa e preservação do meio ambiente. Isso já delimita bastante a margem das discricionariedades do administrador.

O conceito e as funções das Áreas de Preservação Permanente não podem ser confundidos com conceitos de áreas de lazer e uso público, devendo ocorrer o efetivo respeito às APPs, ao seu regime e fundamentos, em razão da proteção constitucional dessas referidas áreas. Em resumo, a Resolução é autofágica, pois consegue considerar tantos princípios ambientais e ao mesmo tempo, desrespeitá-los em seus dispositivos seguintes.

E devido à íntima relação entre as APPs e o meio ambiente sadio, o princípio da equidade intergeracional está materializado nas normas de proteção desses espaços, sendo indubitável que as gerações futuras são as destinatárias mediatas dessas áreas verdes, enquanto as gerações atuais são as destinatárias imediatas e “depositárias fiéis” deste patrimônio, tudo em consonância com a dignidade da pessoa humana (art.1º, III da CF). Diante dos problemas analisados e das conclusões mencionadas, algumas propostas foram construídas: a) - Nas Áreas de Preservação Permanente impõe-se uma efetiva observância do princípio da precaução, de forma a salvaguardarmos espaços verdes para as futuras gerações. Trata-se de um mandamento constitucional, esculpido no artigo 225, *caput*, e §1º, III da Carta Magna de 1988, direcionado tanto ao Poder Público (nas três esferas do Poder - Executivo, Legislativo e Judiciário- com seus respectivos órgãos e agentes) quanto aos cidadãos (o povo, entidades civis e as instituições privadas em geral); b) - as áreas de preservação permanente são espaços não edificáveis, em regra, excepcionalmente a legislação autorizará construções ou intervenções nessas áreas, em razão das suas funções ecológicas de suma importância para a conservação da biodiversidade, dos recursos hídricos e da saúde humana; c) - não obstante a infinidade de normas aplicáveis, os órgãos fiscalizadores nos âmbitos municipal, estadual e federal, além da sociedade civil, devem compartilhar informações e estruturar ações conjuntas para preservação desses espaços; d) - mecanismos devem ser criados para se evitar esse quadro de “impunidade verde” a que assistimos cotidianamente, consequência da denominada irresponsabilidade organizada que por sua vez é reflexo da sociedade de risco.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Wagner Antônio. **Princípios da precaução e da prevenção no Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. **Toda a história: História Geral e História do Brasil**. 7. ed. São Paulo: Ática, 1997.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997. cap.1, p.11-71.

\_\_\_\_\_. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós, 1998. Tradução de: Daniel Jiménez, Jorge Navarro e Maria Rosa Borrás

BENJAMIN, Antonio Herman. A proteção das florestas brasileiras: ascensão e queda do Código Florestal: da medida provisória 1.511/96 ao Projeto de Conversão do Deputado Moacir Michelleto. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 21-37, abr./jun. 2000.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional Ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57-130.

BORGES, Ana Lucia Moreira; MAGRI, Ronald Victor Romero. Vegetação de preservação permanente e área urbana – uma interpretação do parágrafo único, do art.2º, do Código Florestal. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 71-76, abr./jun. 1996.

BOURG, Dominique; SCHLEGEL, Jean-Louis. **Anteciparse a los riesgos: el principio de precaución**. Barcelona: abr, 2004.

BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília, 30 nov. 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm)>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. Brasília, 15 set. 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm)>. Acesso em: set. 2014.

---

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, 31 ago. 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, 24 jul. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Brasília, 16 mar. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm)>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Brasília, 1 jul. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2652.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2652.htm)>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília, 18 jul. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm)>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.339, de 22 de agosto de 2002. Institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade. Brasília, 22 ago. 2002a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4339.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4339.htm)>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Resolução Conama nº 302, de 20 de março de 2002. Dispõe sobre os parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno. Brasília, 20 mar. 2002b. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res02/res30202.html>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Resolução Conama nº 303, de 20 de março de 2002. Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente. Brasília, 20 mar. 2002c. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=299>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal, Terceira turma. Processual civil. Administrativo. Ambiental. Antecipação de tutela. Preliminares rejeitadas. Possibilidade de dano irreversível na área de preservação permanente. Princípio da precaução. Desprovisionamento do agravo. Agravo de Instrumento nº 54519-PE (2004.05.00.006191-4). Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro (Substituto). Brasília, 25 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202230/agravo-de-instrumento-agtr-54519-pe-20040500006191-4>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Resolução Conama nº 369, de 28 de março de 2006. Dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente-APP. Brasília, 28 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=489>>. Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal, Região 1. Processual Civil e Ambiental. Criação de unidade de conservação. Revogação de autorização para pesquisa de calcário biogêncio. Risco ao meio ambiente. Possibilidade de dano irreversível na área de implantação do parque. Princípio da precaução. Apelação civil nº 282713420034013400-DF (0028271-34.2003.4.01.3400). Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, 17 de julho de 2013. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23893318/apelacao-civel-ac-282713420034013400-df-0028271-3420034013400-trf1>>. Acesso em: set. 2014.

COELHO, Marcos de Amorim. **Geografia do Brasil**. São Paulo: Editora Moderna, 1996.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente: I--Florestas**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. 407 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FELDMANN, Fábio José; CAMINO, Maria Ester Barreto. O direito ambiental: da teoria à prática. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.317, p.89-108, jan./mar.1992.

FINK, Daniel Roberto; PEREIRA, Márcio Silva. Vegetação de preservação permanente e meio ambiente urbano. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 1, n. 2, p.77-90. abr./jun.1996.

---

GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

JELINEK, Rochelle. Áreas de preservação permanente como espaços ecológicos protegidos pelo ordenamento jurídico. In: CONGRESSO MINEIRO DE BIODIVERSIDADE, 1., 1996, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IEF, 1996, p. 382-416.

KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. **Princípio da Precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. cap.1, p.1-12.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do Direito Ambiental e a sua equidade intergeracional. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 6, n. 22, p. 63-80, abr./jun. 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.130-204.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Áreas de “degradação permanente”, escassez e riscos. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 9, n. 35, p. 190-216, jul./set. 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glosário. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 83, v. 706, p. 7-29, ago. 1994.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental sistematizado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; DERANI, Cristiane. Princípios gerais do Direito Internacional Ambiental. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney. **O direito e o desenvolvimento sustentável**: curso de direito ambiental. São Paulo: Peirópolis/IEB, 2005, p.86-122.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral das obrigações. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional**: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

WEISS, Edith Brown. **In fairness to future generations**: international law, common patrimony and intergenerational equity. New York: Transnational Publishers Inc. 1989.





---

## NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DOS ORIGINAIS (ARTIGO E RESENHA)

### ARTIGO

O **artigo** deve ter, de preferência, entre 15 e 30 páginas textuais.

Deve ser apresentado em documento de extensão “.doc” remetido à Coordenação Editorial da Revista, no endereço eletrônico: <andre@delfino.adv.br>/<andre.delfino@adv.oabmg.org.br> ou à Coordenação do Núcleo de Estudos Jurídicos do Ministério Público de Minas Gerais, no endereço eletrônico: <miralda@mpmg.mp.br> / <sandras@mpmg.mp.br>.

O arquivo deverá estar formatado em tamanho A4, espaçamento 1,5, fonte *Times New Roman*, tamanho 11 para o corpo do texto, 10 para citações diretas com mais de três linhas e 9 para as notas de rodapé numérico-sequencial.

As larguras das margens da página deverão ser: superior e esquerda – 3cm; inferior e direita – 2cm; cabeçalho – 1,5cm; rodapé – 1,0cm.

O alinhamento do corpo do texto deverá ser justificado.

A numeração deverá estar na parte inferior da página à direita.

### Estrutura do artigo

#### 1 Cabeçalho

1.1 **Título:** tamanho 12, em negrito, caixa alta e centralizado, conciso e sem abreviaturas. A tradução em inglês deve vir abaixo, em caixa baixa e centralizado, em negrito. Quando houver esclarecimento da proveniência do artigo, este deve ser inserido em nota de rodapé e indicado por um número sobrescrito após o título.

1.2 Normalmente, o(s) nome(s) do(s) autor(es) vem (vêm) normalmente abaixo do título (espaçamento simples), à esquerda, em itálico, seguido de número sobrescrito que remete à nota de rodapé com titulação e vínculo institucional. No entanto, como o artigo será submetido ao processo de avaliação de pares cega, no lugar do(s) nome(s) do(s) autor(es) deve-se escrever apenas “Autor” e na nota de rodapé, no lugar da titulação e vínculo institucional, deve-se inserir um traço.

1.3 **Resumo:** com, no máximo, 150 palavras e palavras-chave (3 a 6). As palavras-chave devem ser separadas entre si por ponto e finalizadas também por ponto. É obrigatória a tradução em inglês (*Abstract*, *Keywords*); no caso dos *Keywords*, usam-se os chamados descritores, que são palavras representativas do conteúdo do trabalho, nas versões em português e inglês.

---

## 2 Texto

2.1 Deve apresentar as três partes: Introdução, Desenvolvimento e Conclusão (ou Considerações finais). A Introdução e a Conclusão aparecem como títulos, sem numeração.

2.2 Notas de rodapé (explicativas) deverão ser numeradas com algarismo arábico, seguindo uma ordem única e sequencial para todo o texto;

2.3 Se houver epígrafe, ela deve vir antes da Introdução, em fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples, em itálico, destacada com recuo de 4 cm da margem esquerda. O nome do autor da epígrafe é colocado abaixo do texto, sem itálico e justificado à direita.

## 3 Ilustrações

3.1 Gráficos, mapas, tabelas, desenhos, etc. devem ser numerados e titulados conforme norma da ABNT, indicando, necessariamente, a fonte.

3.2 As imagens deverão ser encaminhadas em arquivos separados, em alta resolução (300 dpi), no formato JPG.

## 4 Citações

4.1 CITAÇÃO DIRETA. As citações devem ser acompanhadas da identificação do respectivo autor. Se houver opção por colocar o sobrenome do autor no final da citação, deve-se colocá-lo em maiúsculo, nome e página dentro de parênteses; se se colocar o sobrenome no início, ou seja, antes da citação, deve-se colocar a primeira letra em maiúsculo e as demais em minúsculo e somente o ano e a página dentro dos parênteses.

4.1.1 As citações diretas, com até três linhas, devem vir no corpo do texto, entre aspas. As citações diretas com mais de três linhas, devem vir recuadas 4cm em relação à margem esquerda, com espaçamento simples e fonte tamanho 10, sem aspas.

4.2 CITAÇÃO DE CITAÇÃO. É usada quando se faz menção a um documento ao qual não se teve acesso, mas de que se tomou conhecimento por citação em um outro texto. Nesse caso, utiliza-se a expressão latina *apud* (“citado por”) para indicar a obra de que foi retirada a citação. Esta citação deve vir sempre entre aspas, independentemente de seu tamanho.

---

4.3 Todas as citações devem ser acompanhadas por completa referência bibliográfica ou eletrônica, na lista de referências, inclusive das jurisprudências e leis.

4.4 Para outras informações acerca do uso de citações, o autor deverá consultar a NBR 10520/2002 da ABNT.

## 5 Referências

5.1 A relação de obras citadas ou consultadas, em ordem alfabética pelo nome dos autores, deve ser apresentada no final do artigo, de acordo com a NBR 6023/2002 da ABNT. A exatidão das referências é de responsabilidade do(s) autor(es).

5.2 As referências devem ser citadas em ordem alfabética, sem numeração, com espaçamento simples, 6 pt antes e 0 pt depois, entre as referências. Caso haja mais de uma obra do mesmo autor, citar respeitando a ordem cronológica de publicação. Se houver mais de uma obra do mesmo autor, publicada no mesmo ano, diferenciá-las por meio de a, b e c.

### 5.3 Livros:

**SOBRENOME DO AUTOR**, Nome de autor. Título do livro (em negrito, somente a primeira letra em maiúscula): subtítulo (sem negrito). Tradução por Nome do Tradutor. Edição. Local: Editora, data. v. (Série ou Coleção).

### 5.4 Capítulos de livro:

**SOBRENOME DO AUTOR**, Nome do autor. Título do capítulo, sem destaque. In: seguida das referências do livro: **SOBRENOME DO AUTOR**, Nome de autor. Título do livro (em negrito), somente a primeira letra em maiúscula: subtítulo (sem negrito). Tradução por Nome do Tradutor. Edição. Local: editora, data, número das p. (páginas consultadas) ou v. (Série ou Coleção).

### 5.5 Trabalhos publicados em anais de eventos ou similares:

**SOBRENOME DO AUTOR**, Nome do autor. Título: subtítulo. In: Nome do evento (em itálico), número, ano, local de realização. Título da publicação (em negrito): subtítulo da publicação (sem negrito). Local de publicação (cidade): Editora, data, páginas inicial-final do trabalho.

### 5.6 Partes de publicações periódicas:

#### 5.6.1 Artigos de periódicos:

**SOBRENOME DO AUTOR**, Nome do autor. Título do artigo (sem destaque). Nome do periódico (em negrito), cidade, volume e número do periódico, páginas, data de publicação.

### 5.6.2 Artigos de jornal

SOBRENOME DO AUTOR, Nome do autor. Título do artigo. Título do jornal (em negrito), Número ou título do caderno, seção ou suplemento, páginas inicial-final, Local, dia, mês, ano.

### 5.6.3 Entrevista

ENTREVISTADO. Título. Nome da revista ou jornal (em negrito), número, páginas, Local: data. Nota da Entrevista.

### 5.7 Monografias, dissertações e teses

SOBRENOME DO AUTOR, Nome do autor, título (negrito): subtítulo (sem negrito), ano, número de folhas ou volumes, (Categoria e área de concentração) Nome da Faculdade, Nome da Universidade, cidade.

### 5.8. Publicações *on-line*

SOBRENOME DO AUTOR, Nome do autor. Título do artigo. Nome do periódico (em negrito). Cidade, volume do periódico, número do periódico, ano. Disponível em: [endereço eletrônico]. Acesso em: dia/mês/ano.

### 5.9. Legislação publicada em Diário Oficial

JURISDIÇÃO. Lei nº ....., data completa. Ementa. Nome da publicação, local, volume, fascículo, data da publicação. Nome do caderno, página inicial e final.

Ex.:

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, v. 134, n. 248, 23 dez. 1996. Seção 1, p. 27834-27841.

### 5.10. Jurisprudência (decisões judiciais)

JURISDIÇÃO. Órgão judiciário competente. Título (natureza da decisão ou ementa) e número. Partes envolvidas (se houver). Relator. Local, data e dados da publicação.

Ex.:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 558-8/RJ. Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 16 ago. 91. DJ 26.03.93.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Administrativo. Escola Técnica Federal. Pagamento de diferenças referente a enquadramento de servidor decorrente da implantação de Plano Único de Classificação e Distribuição de Cargos e Empregos, instituídos pela Lei nº 8.270/91. Predominância da lei sobre a portaria. Apelação cível nº 42.441-PE

---

(94.05.01629-6). Apelante: Edilemos Mamede dos Santos e outros. Apelada: Escola Técnica Federal de Pernambuco. Relator: Juiz Nereu Santos. Recife, 4 de março de 1997. **Lex:** jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 558-562, mar. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 14.** Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público. Disponível em: <<http://www.truenetm.com.br/jurisnet/sumusSTF.html>>. Acesso em: 29 nov. 1998.

## **6 Anexos**

1. Devem ser colocados depois das referências, precedidos da palavra ANEXO, centralizada e sem numeração. Havendo mais de um anexo, a identificação deve ser feita por letras maiúsculas (A, B, C).

### **Direitos autorais**

Como se trata de publicação que visa à divulgação cultural acadêmica, destinada, predominantemente, ao intercâmbio bibliográfico entre universidades (sem objetivo de lucro e/ou de comercialização, com disponibilização pela internet – <http://www.uniube.br/institucional/publicacoes/unijus/>), os autores/colaboradores, ao submeterem os originais, cedem os direitos de publicação para a Revista. O(s) autor(es) reconhece(m)-na como detentora do direito autoral.

É importante lembrar que a contribuição deve ser original e inédita, e não deve ser submetida para publicação em outra revista ao mesmo tempo.

A reprodução da Revista, no todo ou em parte, por outros interessados é livre, desde que mencionados os devidos créditos.

### **Processo de avaliação pelos pares**

Os artigos enviados à Revista Jurídica UNIJUS são submetidos ao sistema de avaliação “Double Blind Peer Review” – processo de avaliação de artigos sem a identificação do(s) autor(es), inclusive nas propriedades do arquivo enviado, garantindo o máximo de transparência e isenção.

Inicialmente, é feita uma análise prévia da adequação do artigo à linha editorial da Revista e aos critérios formais constantes das normas que a regem.

Após a análise prévia, os artigos selecionados são enviados, sem qualquer tipo de identificação, a dois professores doutores (de preferência, vinculados a

---

instituições de estados diversos daquele em que se encontra a instituição à qual está vinculado o autor) a fim emitirem parecer fundamentado pela aceitação ou rejeição do artigo, em formulário próprio da Revista, enviado em anexo. Em caso de divergência entre os pareceristas em relação a um determinado artigo, o artigo será remetido a um terceiro avaliador, a fim de que se chegue a um parecer conclusivo pela aceitação ou rejeição do artigo.

Caso o artigo seja aceito com ressalvas, ele é enviado ao autor para que faça as alterações sugeridas pelo(s) parecerista(s) e, uma vez feitas as alterações, será enviado novamente ao(s) avaliador(es) para o parecer final, pela aceitação ou rejeição.

Os artigos de autores convidados não são submetidos ao procedimento de avaliação.

Os artigos apresentados em eventos científicos, desde que não tenham sido publicados, são recebidos, mas passam por todo o processo de avaliação a que se submetem os demais artigos.

Após a finalização do “Double Blind Peer Review”, o Conselho Editorial se reúne e decide quais os artigos, dentre aqueles com dois pareceres recomendando a publicação, serão publicados.

### **Identificação dos autores**

Para assegurar a integridade da avaliação por pares cega, devem-se tomar todos os cuidados possíveis para não se revelar a identidade dos autores e avaliadores entre os mesmos durante o processo. Precauções a serem tomadas:

o(s) autor(es) do documento deve(m) excluir do texto nome(s), substituindo-o(s) por “Autor” e quaisquer dados que permitam sua identificação;

em documentos do Microsoft Office, a identificação do autor deve ser removida das propriedades do documento;

em PDFs, o(s) nome(s) do(s) autor(es) também deve(m) ser removido(s) das Propriedades do Documento, em Arquivo no menu principal do Adobe Acrobat.

### **Política de Privacidade**

Os nomes e endereços informados nesta Revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

---

## RESENHA

A resenha deve apresentar cerca 10.000 caracteres (com espaço) e deve conter, no início, a referência completa da obra resenhada, incluindo o número de páginas, em fonte 11, em negrito e espaçamento simples, sem título, sem resumo, sem palavras-chave, sem referências ao final do texto, sem citações que excedam três linhas.

A Revista só aceita resenhas de obras publicadas recentemente: no Brasil, há menos de 2 anos; no exterior, há menos de 4 anos.

O nome do autor da resenha deve vir 3 (três) linhas abaixo da referência (espaçamento simples). Deve ser seguido de asterisco que remete ao pé de página com qualificação do autor, instituição a que pertence, cidade, estado, país e e-mail.

O texto da resenha deve vir 7 (sete) espaços simples abaixo do nome do autor, em Times New Roman, corpo 11 e espaço 1,5. Configurar a página: folha A4 (21,0 x 29,7cm); margens: superior e esquerda: 3,0cm; inferior e direita: 2,0 cm. Indentamento: 1,25cm para assinalar início de parágrafo.

