

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 445

(ano VII)

(22/09/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

# Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

## SUMÁRIO

### COLONISTA DO DIA



22/09/2015 Leonardo Sarmento

» [Supremo reafirma desnecessidade de comprovação de prejuízo aos cofres como requisito para ação popular](#)

### ARTIGOS

22/09/2015 Ágata Christ Nunes Ferreira

» [O Direito Civil brasileiro e sua tutela frente à cirurgia de transmutação sexual do transexual](#)

22/09/2015 Fabrício Orzil Viana

» [Admissibilidade da transação penal em delitos de ação penal privada](#)

22/09/2015 Vicente Férrer de Albuquerque Júnior

» [Não incidência do ISS sobre a locação de bens móveis, observância do conceito constitucional de serviço](#)

22/09/2015 Larissa Santos Ferreira

» [Os direitos fundamentais na Constituição de 1988: uma análise da propriedade e sua função social](#)

22/09/2015 Laércio Vieira Machado

» [Dos aspectos jurídicos da relativização da obrigação de reposição ao erário público](#)

22/09/2015 Laércio Vieira Machado

» [Anotações à Carta Mundial pelo Direito à Cidade: Breves Ponderações](#)

### DROGAS VIRTUAIS

## SUPREMO REAFIRMA DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AOS COFRES COMO REQUISITO PARA AÇÃO POPULAR

**LEONARDO SARMENTO:** Advogado. Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que não é necessária a comprovação de prejuízo material aos cofres públicos como condição para a propositura de ação popular. A decisão foi tomada pelo Plenário Virtual da Corte na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 824781, que teve repercussão geral reconhecida.

Na origem, a ação popular (AP) foi ajuizada por um cidadão de Cuiabá (MT) contra o Decreto municipal 4.399/2006, que autorizou o aumento da tarifa de transporte público. Sustentou que o reajuste foi instituído em desacordo com as normas previstas na Lei Orgânica do município. Alegou, também, que o reajuste da tarifa resultou em aumento de gastos com subsídios às passagens de estudantes e outros beneficiários.

Na primeira instância, o processo foi extinto sem resolução do mérito sob o fundamento de que não havia prova da existência de lesividade ao patrimônio público, que seria, no entendimento do juiz, requisito essencial para a propositura da ação popular. Em grau de apelação, a sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso (TJ-MT). Ambas as decisões, salientemos, contrárias ao que vinha entendendo o Supremo Tribunal Federal em suas últimas intervenções jurisdicionais. Assim, contra o acórdão da Corte estadual, o cidadão interpôs recurso junto ao STF.

Ao se pronunciar pela existência repercussão geral na matéria, o relator do processo, o ministro Dias Toffoli, observou que o tema ultrapassa os interesses subjetivos das partes, pois se trata de definir quais as condições para o exercício da ação popular, “importantíssimo instrumento de exercício da cidadania”.

Medidas ou requisitos restritivos que venham a acarretar a limitação do acesso da sociedade ao presente instrumento democrático de controle da atividade política (ação popular), representaria odioso retrocesso em tema que ainda precisamos avançar e muito, à nosso sentir. A participação da sociedade no processo político deve ser incentivada pelo ordenamento e pela jurisprudência, precipuamente em um momento de profunda crise moral e de credibilidade das instituições de Poder.

“Embora divirjam as partes quanto ao conteúdo do próprio texto constitucional, o qual cuidou de disciplinar os requisitos para a propositura da mencionada ação constitucional, o tema retratado não é novo para esta Corte, como assentamos. O mérito da tese proposta nos autos foi decidido, em oportunidades diversas, pelas duas Turmas do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, não havendo qualquer divergência sobre a interpretação da matéria por esta Corte”, destacou o ministro Dias Toffoli ao reafirmar a jurisprudência.

Impelir ao cidadão a comprovação de prejuízo aos cofres públicos como requisito para propositura da ação popular é o mesmo que inutilizar o instrumento constitucional pela dificuldade da preliminar obtenção da prova pelo cidadão comum. A ilegalidade do ato e a ofensa ao princípio da moralidade administrativa já se mostram suficientes para amparar a propositura da presente ação popular. A ação

constitucionalmente prevista visa à defesa não apenas dos cofres públicos, mas também de princípios, como a moralidade administrativa. Entender de forma diversa significaria ignorar os requisitos estabelecidos no art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República.

Pois bem, em sede de Ação Popular, protege-se, em suma, o interesse difuso (patrimônio histórico, cultural e meio ambiente) bem como o interesse geral (patrimônio público e moralidade administrativa). Portanto, os benefícios dessa ação é a comunidade, o povo enquanto titular do direito subjetivo que se pretende proteger.

**AÇÃO POPULAR. ABERTURA DE CONTA EM NOME DE PARTICULAR PARA MOVIMENTAR RECURSOS PÚBLICOS. PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 5º, INC. LXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico. As premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não cabem ser apreciadas nesta instância extraordinária à vista dos limites do apelo, que não admite o exame de fatos e provas e nem, tampouco, o de legislação infraconstitucional. Recurso não conhecido (RE nº 170.768/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 26/3/99).

Da mesma forma, a Primeira Turma, no julgamento do RE nº 170.768, Relator o Ministro Ilmar Galvão, assentou que, para cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam da Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material da entidade pública, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico (DJ de 7/4/99).

Assim, o ministro se manifestou no sentido de conhecer do agravo e prover o recurso extraordinário para reformar o acórdão do TJ-MT, determinando o retorno dos autos à primeira instância para que seja processado e julgado o mérito da demanda.

A manifestação do relator quanto ao reconhecimento da repercussão geral foi seguida, por maioria, no Plenário Virtual, vencido o ministro Marco Aurélio como de costume, mas nesta oportunidade acompanhado pelo ministro Teori, que optaram por não acompanhara jurisprudência dominante sobre a matéria.

Sobre ação popular acrescentamos:

Trata-se de um remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição: todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente. Sob esse aspecto é uma garantia constitucional política. Revela-se como uma forma de participação do

cidadão na vida pública, no exercício de uma função que lhe pertence primariamente. Ela dá a oportunidade de o cidadão exercer diretamente a função fiscalizadora, que, por regra, é feita por meio de seus representantes nas Casas Legislativas. Mas ela é também uma ação judicial porquanto consiste num meio de invocar a atividade jurisdicional visando a correção de nulidade de ato lesivo; (a) ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; (b) à moralidade administrativa; (c) ao meio ambiente; e (d) ao patrimônio histórico e cultural.

Será mais difícil a compreensão da moralidade administrativa, como fundamento para anular ato que a lese. A moralidade é definida como um dos princípios da Administração Pública (art. 37). Todo ato lesivo ao patrimônio agride a moralidade administrativa. Mas o texto constitucional não se conteve nesse aspecto apenas da moralidade. Quer que a moralidade administrativa em si seja fundamento de nulidade do ato lesivo. Deve-se partir da ideia de que moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica. Lembramos que nosso entendimento quanto aos termos da ilegalidade e/ou imoralidade a Constituição erigiu a moralidade administrativa em fundamento autônomo para a ação popular e numa categoria jurídica passível de controle jurisdicional, *per se*. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, p. Ex., com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa.

Assim, não é condição da ação popular a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, posto que o art. 5º,

inciso LXXIII, da Constituição Federal, estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular e impugnar, ainda que separadamente, ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico.

Assim o processo deverá retornar à primeira instância, a fim de que seja devidamente processado e julgado, apreciando-se, caso inexistentes outros óbices de natureza processual, o mérito da demanda.

## O DIREITO CIVIL BRASILEIRO E SUA TUTELA FRENTE À CIRURGIA DE TRANSMUTAÇÃO SEXUAL DO TRANSEXUAL

**ÁGATA CHRIST NUNES FERREIRA:** Graduanda pela Universidade Estadual de Montes Claros-Unimontes.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo verificar se o Código Brasileiro Tutela e permite a Cirurgia de Transmutação sexual do Transexual, bem como surgimento e a regulamentação no que tange a opção sexual e a aceitação tanto na Constituição quanto para o Direito Civil.

**Palavras-chave:** Transexual. Transmutação. Tutela.

**Sumário:** Introdução. Características dos direitos da personalidade. O Direito da personalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Conclusão.

---

### I INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o direito brasileiro tem encontrado novos desafios em relação aos avanços tecnológicos e a medicina. Nestes termos, a cirurgia de transmutação de sexo tem sido elemento de grande importância tanto para a área da saúde quanto para o Direito, tendo em vista que o direito da personalidade também é considerado direitos fundamentais.

Para analisar a cirurgia de transmutação sexual do transexual no Ordenamento Jurídico brasileiro é preciso partir da ideia de que a pessoa está intimamente ligada à personalidade. Nesse sentido toda pessoa (física ou jurídica) é dotada de personalidade e possui capacidade. A relação jurídica entre pessoa e personalidade passa então, a ser denominada de direitos da personalidade. Direito este que conforme Maria Helena Diniz é:

O direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra, etc. É o direito subjetivo, convém repetir, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial. (DINIZ, 2008, p. 120)

Os direitos da personalidade têm um fundamento histórico, e passaram por uma grande evolução ao longo dos anos. Começaram, portanto, na Antiguidade, em Roma, que punia ofensas físicas e morais à pessoa através do *actio injuriarum* e depois foram citados de forma implícita na Magna Carta de 1215. Mas somente a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é que tratou de maneira contundente a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão.

Após a II Guerra Mundial e diante das atrocidades cometidas durante esse período, surgiu a necessidade de um documento que resgatasse a noção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Foi nesse cenário que a ONU em 1948, proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que embora muito “bonita” no papel, não possuía legitimidade. Para tanto era necessário que os países incluíssem em suas constituições os artigos da Declaração. Foi o caso do Brasil, que na Constituição de 1988 e no novo Código Civil, defende a preservação da dignidade humana.

## II CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade, assim como tantos outros, possuem características básicas. Desse modo, eles são: **absolutos** – contêm um dever geral de abstenção; **extrapatrimoniais** – são insuscetíveis de aferição econômica; **intransmissíveis** – não podem ser transferidos a esfera jurídica de outro; **irrenunciáveis** – não podem ultrapassar a esfera jurídica de seu titular; **impenhoráveis** e **imprescritíveis** – não se extinguem nem pelo uso,

nem pela inércia em defendê-los;**necessários** e **inexpropriáveis** – não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver;**vitalicios** – terminam, em regra, com o óbito de seu titular; e por fim os direitos da personalidade são também **ilimitados** já que é quase impossível enumerar a sua quantidade. Há ainda quem doutrine que esses direitos são**indisponíveis** – insuscetíveis de disposição, salvo exceção, principalmente ao direito de imagem.

O direito à integridade física compreende a proteção jurídica à vida, ao próprio corpo vivo ou morto, seja na sua totalidade ou em relação aos tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização, ou ainda ao direito de alguém submeter-se ou não a exame e tratamento médico.

Em relação aos atos de disposição do próprio corpo, faremos uma análise sobre a adequação de sexo do transexual, que ainda não se tornaram pacíficas no campo jurisprudencial, legislativo e ético brasileiro. O sexo há alguns anos tem deixado de ser uma característica humana imutável, tendo-se levado em consideração, diversas variáveis, como por exemplo, componentes psicológicos.

Para Maria Helena Diniz “o transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou autoextermínio” (DINIZ, 2008). Dessa forma, pode-se concluir que o transexual é um indivíduo que se identifica psíquica e socialmente com o sexo oposto ao que lhe fora imputado na Certidão Nascimento. Assim, segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com o corpo de homem e no feminino o contrário (VIEIRA, 1999, p. 94).

### **III OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Questões das mais discutidas e em voga no direito privado são aquelas que envolvem a possibilidade de mudança de registro do nome do transexual. Sem dúvidas que o debate deve ocorrer não só tendo como

parâmetro o novo Código Civil Brasileiro, mas com vistas à Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, merecem aplicação os princípios do Direito Civil Constitucional: a valorização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), a solidariedade social (art. 3º, I, da CF/88) e a isonomia ou igualdade "lato sensu" (art. 5º, "caput", da CF/88). Entende-se que sem esses três princípios não há como compreender atualmente o direito civil e o direito privado.

O ordenamento jurídico brasileiro, direcionado à defesa dos direitos da personalidade, encontra-se orientado pelos fundamentos constitucionais, que tem o respeito à dignidade humana como primeiro plano entre os seus fundamentos. A intimidade, vida privada, honra e imagem têm maior relevância, sendo que, é “assegurado a indenização pelo dano material ou moral decorrente de uma violação” (art. 5º, X CF).

Os direitos da personalidade destinam-se a resguardar a dignidade humana. Ocorrendo lesão ou ameaça contra qualquer direito da personalidade, o titular é investido *delegitimatío* – legitimação ativa – para obter a medida cautelar ou punitiva contra o terceiro. E, se lhe advier prejuízo, serão devidas perdas e danos, a serem avaliadas com obediência aos critérios genéricos destinados à sua estimativa, independentemente de não ser dotado de patrimonialidade o direito lesado ou ameaçado.

A violação do direito da personalidade que causa dano à pessoa acarreta, pois, a responsabilidade civil extracontratual do agente, decorrente da prática de ato ilícito. O direito subjetivo à sua reparação é interpretado de acordo com os ditames constitucionais, pois a responsabilidade pela violação do direito de personalidade não permanece exclusivamente no nível civil. Não obstante o respeito devido aos seres humanos, os transexuais têm encontrado dificuldades em obter o respeito aos direitos previstos na Constituição, direitos estes, que devem ser resguardados por todos.

A Resolução nº 1.482/97 do Conselho Federal de Medicina autoriza a realização da cirurgia, prevendo regras de procedimento para a

sua realização. Consoante a isto, o art. 13 do Código Civil dispõe as seguintes informações “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.

A parte mais liberal permitiria a mudança do sexo masculino para o feminino, já que muitas vezes a pessoa tem os ditos choques psicológicos graves, havendo a necessidade de alteração, para evitar que a mesma, por exemplo, suicide. Por diversas vezes surgirá um laudo médico apontando tal situação do transexual, o que se enquadra na "exigência médica" mencionada na primeira parte do dispositivo. Entretanto, a segunda parte do comando legal, mais conservadora, veda a disposição do próprio corpo se tal fato contrariar os "bons costumes", conceito legal indeterminado, a ser preenchido pelo magistrado, dentro do sistema de "cláusulas gerais" adotado pela codificação.

No que diz respeito à opção sexual, a polêmica e a discriminação são maiores que em outros temas, principalmente se a pessoa no gozo de seus direitos fundamentais, sejam eles da personalidade ou de outro gênero, vai de encontro a tudo o que a sociedade tem como ético aos seus olhos.

Como fruto do desenvolvimento tecnológico, a questão da mudança de sexo está cada vez mais viva e controversa, tanto na doutrina quanto nos tribunais. A grande problemática que afeta o tema é o fato de que para a obtenção de um resultado, fruto da liberdade e da vontade de um indivíduo, é necessário que se viole, em parte, direitos da personalidade até então indisponíveis, ou relativamente disponíveis sobre outros aspectos.

O progresso científico e tecnológico (biologia, genética etc.) e o desenvolvimento dos instrumentos de comunicação e a difusão de informações suscitam problemas novos e diversos para os aspectos essenciais e constitutivos da personalidade jurídica (integridade física,

moral e intelectual), exigindo respostas jurídicas adequadas à proteção da pessoa humana por parte do Direito.

Discorrendo sobre o tema, Pablo Stolze manifesta sobre o assunto salientando que:

Talvez seja a hora, realmente, de mudar a concepção a respeito do assunto, pondo preconceitos de lado. O princípio constitucional da Dignidade da Pessoa humana não autoriza ao juiz, e a sociedade em geral desprezarem o enfrentamento de situações como a transexualidade e a homossexualidade. (GANGLIANO, p.208, 2012)

Nesse sentido, Maria Berenice Dias, observa que, os Psicanalistas norte-americanos estimam que a cirurgia tem por objetivo a correção do sexo como forma de buscar a felicidade a um invertido condenado pela anatomia. Pois, Segundo Edvaldo Souza Couto o que caracteriza a transexualidade é a rejeição do sexo original e o consequente estado de insatisfação. A cirurgia apenas corrige esse “defeito” de alguém ter nascido em corpo contrário a sua personalidade.

Diante disso, não podemos interpretar a cirurgia de mudança de sexo como uma transgressão do direito à integridade física, sem antes conceber a violação iminente do direito à integridade psíquica que tal interpretação acarreta. No complexo tricotômico (corpo, mente, espírito) é necessário que os três elementos fundamentais estejam em plenitude, para que se alcance a eficácia do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Sob essa ótica, veremos que ao se diagnosticar a neurodiscordância de gênero, tem-se como única forma de tratamento dessa disfunção a operação de mudança de sexo, assim, a operação torna-se não só necessária à inclusão social do transexual e resgate de sua cidadania, como também, lícita, sob os termos do art. 13 caput do Código Civil: “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo,

quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

O art. 194 da Constituição Federal de 1988 desponta como uma perspectiva que assegura ao transexual o direito positivo do Estado de realizar, gratuitamente, a cirurgia. “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Outra conquista dos transexuais foi o direito de usar o nome social, de acordo com a ministra da Secretaria de Direitos Humanos, Maria do Rosário, a proposta é um avanço no desenvolvimento de políticas públicas para o grupo LGBT. “Com essa medida aprovada, vamos assegurar às pessoas que são transexuais e transgêneros a possibilidade de trocar de nome, de usarem seu nome social, o nome que respeita sua identidade de gênero”. É um passo importante para o país.

Nesse sentido a jurisprudência do Rio Grande do Sul tem decidido em favor das cirurgias e a troca dos prenomes aos transexuais, sob os argumentos dos princípios da Bioética- de beneficência, autonomia e justiça. A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, a falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social, que exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino pelo qual é socialmente reconhecido.

A jurisprudência defende ainda que vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.

## CONCLUSÃO

Pode-se perceber que a maioria dos Doutrinadores do Direito Civil Brasileiro e parte da jurisprudência consideram que a cirurgia do transexual não violaria os bons costumes dispostos no art. 13 do CC, uma vez que a intervenção médica é ditada por superiores razões, inclusive de ordem psicológica.

A matéria em discussão permite, também, o emprego do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Tal dispositivo orienta que o juiz, ao aplicar a lei, deve atender às exigências do bem comum, sendo este, segundo entendimento doutrinário, não apenas o bem da comunidade, mas também o do próprio indivíduo, na medida em que não há bem comum se a sentença afronta a dignidade humana de um dos indivíduos do grupo. Dessa forma, se um indivíduo escolheu determinada identidade sexual, deve tê-la respeitada e não pode ser impedido de exercê-la, de forma plena, em todas as esferas sociais, sob pena de ser afrontado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

## Referências

AMARO, Elisabete Aloia. **Direitos privados da personalidade: a psique.** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/elisabeteamaro/2011/08/10/direitos-privados-da-personalidade-a-psique/>>. Acesso em 15/03/15.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo (SP): Saraiva, 2008.

FARIA, Antonio Celso. **Direito à integridade física, psíquica e moral e a pena privativa de liberdade**. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20175/direito\\_integridade.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20175/direito_integridade.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 17/03/15.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. VI. Parte geral. 14 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Parte geral**. São Paulo (SP): Saraiva, 2010.

HUMILDES, Joildo Souza dos. **Transexualismo e Direito: possibilidades e limites jurídicos de uma nova identidade sexual**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1946>>. Acesso em: 17 /03/ 2015.

LOBO, Paulo Luiz. **Danos Morais e Direitos da Personalidade**. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 17/03/ 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1 2008.

SANTOS, Luciany Michelli. **Conflito entre o direito à integridade psíquica e moral e o direito ao livre desdobramento da personalidade: Homossexualismo e liberdade de crença**. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/viewFile/158/55>>. Acesso em 18/03/ 2015.

TARIFA, Rita de Cássia. **Direito à integridade moral**. Disponível em:

<[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18337/Direito\\_%C3%A0\\_integridade\\_moral.pdf?sequence=2](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18337/Direito_%C3%A0_integridade_moral.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 17/03/15.

TARTUCE, Flávio. **Mudança do nome do transexual**. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/7584/mudanca-do-nome-do-transexual>>. Acesso em: 18/03/15.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil**. Parte geral. 7ed. São Paulo. Atlas, 2007.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/569/r145-20.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 18/03/2015.

## ADMISSIBILIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL EM DELITOS DE AÇÃO PENAL PRIVADA

**FABRÍCIO ORZIL VIANA:** Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. Pós-graduado em Ciências Criminais e em Direito da Família pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

**RESUMO:** O presente trabalho pretende verificar, através de uma pesquisa jurídico-explorativa, a possibilidade de se utilizar a transação penal, tida como uma das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95, em delitos de ação penal privada. Foram tecidas, inicialmente, breves considerações sobre o instituto. Posteriormente, a pesquisa busca discorrer acerca da natureza jurídica da proposta do benefício da transação penal, ou seja, se se trata de um direito subjetivo do réu ou poder discricionário por parte do Ministério Público, que poderá, anteriormente ao oferecimento de denúncia, propor ou não ao autor do fato a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa. A partir de então foram discutidas as “saídas” existentes para o caso de o Promotor de Justiça negar-se a oferecer ao autor do fato as penas alternativas a que se refere o instituto da transação penal, mesmo que este tenha cumprido todos os requisitos objetivos e subjetivos à concessão do referido benefício. Ao final, após a análise, principalmente, de doutrinas e jurisprudências, foi possível concluir ser admissível a transação penal em delitos que se processam mediante queixa, cujo exclusivo legitimado para a proposta, conforme constatado, deve ser o representante do Ministério Público.

**Palavras-chave:** Delitos de ação penal privada – transação penal – admissibilidade

**ABSTRACT:** The present work intended to verify the possibility of using the penal transaction, which is one of the decriminalization measures foreseen in Law 9.099/95, in private initiative delicts. This verification was done through an explorative-juridical research.

Initially, brief considerations were made on the institute. Afterwards, the research intends to describe the juridical nature on the proposal of the penal transaction benefit, in other words, if it is related to the defendant's subjective right or discretionary power from Public Ministry, that may, previously to the accusation offering, propose or not to the fact author the application of rights restrictive punishment or fine. From then, were discussed the existent "exits" in case of the Prosecutor to refuse offering to the fact author the alternative punishment which refers to the penal transaction institute, even though he has accomplished all the objective and subjective requirements to grant the referred benefit. Finally, after the analysis, mainly about doctrines and jurisprudences, it was possible to conclude that the penal transaction is admissible in delicts that are prosecuted through complaint, in which the exclusive legitimated for the proposal, according to verification, should be the Public Ministry representative.

Key-words: Private initiative delicts – penal transaction – admissibility

**SUMÁRIO:** 1. Introdu o – 2. Considera es iniciais sobre a transa o penal – 3. Transa o penal: direito subjetivo do réu ou poder discricionário do Ministério Público? – 4. Admissibilidade da transa o penal em delitos que se processam mediante a o penal privada - 4.1. Legitimado para a proposta - 4.2. Momento mais adequado para a transa o – 5. Conclusão – 6. Referências.

---

## 1 INTRODU O

Amparada pelos princípios da oralidade, celeridade, informalidade e economia processual, a Lei 9.099/95, que instituiu os chamados juzados especiais estaduais, inovou substancialmente o sistema processual penal, trazendo institutos

próprios e de grande valia ao fim a que se destina, qual seja, a solução cada vez mais rápida dos ilícitos penais de menor potencial ofensivo, penalizando ou absolvendo, os pela lei denominados, autores do fato.

Dentre as medidas “despenalizadoras” trazidas, pode-se citar a composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo.

No entanto, um dos mais intrigantes institutos criados foi, sem dúvida, a transação penal, possibilitando a aplicação de pena não privativa de liberdade antes mesmo do oferecimento da acusação, rompendo-se, como bem dispõe Grinover, com o tradicional sistema do *nulla poena sine iudicio*.(GRINOVER *et al*, 2000, p. 29)

A transação penal, além de ser o instituto dos mais utilizados, é também, do mesmo modo, dos mais controvertidos, seja no que diz respeito à sua constitucionalidade, se a sua proposta está ligada a um poder por parte do Ministério Público ou a um poder-dever<sup>[1]</sup>, ou no que toca à possibilidade de oferecê-la em delitos que só se processam mediante queixa, o que constitui o objeto principal do presente estudo.

Cumprir frisar que o presente trabalho se justifica, entre outros motivos, em razão de o tema ser tão controvertido, seja em sede doutrinária ou jurisprudencial, constituindo importante fonte de pesquisa para os operadores do direito ao tratarem do tema e, principalmente, ao se verem diante do problema proposto.

Importante ressaltar, ainda, que toda a pesquisa teve como norte principal, ou marco teórico, para os que assim desejarem, as lições da já referida autora Ada Pellegrini Grinover, que em companhia de Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, teceu considerações importantes sobre a Lei 9.099/95 e sobretudo sobre a transação penal, na obra

Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995, com as quais concordamos em grande parte.

O trabalho é iniciado a partir da explanação de breves considerações sobre o instituto da transação penal, seguido do capítulo 2, no qual se busca discorrer acerca da proposta de transação penal e, mais especificamente, se constitui esta um direito subjetivo do réu ou poder discricionário do Ministério Público. Por fim, no capítulo 3 aborda-se a possibilidade de transação penal em delitos de alçada privada, bem como no que concerne ao legitimado para a oferta deste benefício<sup>[2]</sup> e o momento oportuno para propô-lo.

Ao final, a partir do entendimento de que, não se enquadrando o autor do fato dentro das hipóteses restritivas previstas no art. 76, § 2º, da Lei 9.099/95, tem ele direito à transação penal, e considerando também o princípio da isonomia e a possibilidade de utilização da analogia em favor do réu, em matéria penal, chegou-se à conclusão de que, apesar de ser a lei silente a este respeito, é cabível a transação penal em delitos de ação penal privada.

## 2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A TRANSAÇÃO

### PENAL

Após seis anos da apresentação dos primeiros projetos, foi editada, em 26 de setembro de 1995, a Lei 9.099, que criou os juizados especiais penais na esfera estadual, detendo, inicialmente, a competência para o processo e julgamento das contravenções penais e dos crimes cujas penas máximas não ultrapassassem um ano, desde que não houvesse previsão de procedimento especial. Porém, com a edição da Lei 10.259/01 foi ampliada a competência dos juizados especiais, fixando-se em até dois anos o máximo de pena cominada aos crimes e sendo retirada a condição negativa de

inexistência de previsão de procedimento especial, o que trouxe para a competência dos Juizados Especiais Penais, por exemplo, os crimes contra a honra.

Dentre os novos institutos trazidos pela Lei 9.099/95, de se enfatizar as medidas despenalizadoras criadas, que não encontram precedentes na lei penal brasileira. A composição civil dos danos, a suspensão condicional do processo e, principalmente, a transação penal, são medidas benéficas ao réu e que, não obstante a existência de controvérsia, inclusive, acerca da constitucionalidade de alguma delas, coadunam perfeitamente com os objetivos e princípios da lei, quais sejam, celeridade, informalidade e economia processual.

Ao tratar da transação penal, Guilherme de Souza Nucci dispõe que:

[...] a transação envolve um acordo entre órgão acusatório, na hipótese enunciada no art. 76 da Lei 9.099/95, e autor do fato, visando à imposição de pena de multa ou restritiva de direito, imediatamente, sem a necessidade do devido processo legal, evitando-se, pois, a discussão acerca da culpa e os males trazidos, por consequência, pelo litígio na esfera criminal. (NUCCI, 2008, p. 759)

A constitucionalidade da transação penal já foi discutida por muitos autores, principalmente logo após a criação da lei, sustentando eles a impossibilidade de se estabelecer pena sem processo. Porém, solidificou-se o entendimento de que, como a própria Constituição Federal, em seu art. 98, I, faz previsão deste instituto, não haveria que se falar em inconstitucionalidade do mesmo. Como bem argumentam Demercian e Maluly: “não haveria mesmo lesão ao princípio do devido processo legal, na mediada em que a própria Constituição permitiu expressamente, em matéria penal, a transação, o consenso e o acordo entre as partes

envolvidas (CF, art. 98, I) [...]”. (DEMERCIAN e MALULY, 1996, p. 66)

Ao tratar da constitucionalidade da transa o penal e sustentar que a aceita o da proposta de pena alternativa pelo Ministério Público acarreta em reconhecimento da culpabilidade por parte do autor do fato, Bitencourt afirma que:

Chega  s raias do patológico procurar inconstitucionalidade com a utiliza o de lupa, atingindo seu auge quando se afirma inconstitucional o cumprimento regular de um mandamento constitucional. Enfim, a *presun o de inocência* insculpida na Constitui o brasileira   *juris tantum*, cedendo quando houver prova em contrário, como ocorre com a aquiescência do autor do fato, na transa o penal. (BITENCOURT, 2008, p. 622)

Portanto, atualmente, não há que se cogitar a hipótese de se considerar inconstitucional a transa o penal ou quaisquer dos institutos despenalizadores trazidos pela Lei 9.099/95, sendo eles, ao contrário, legais, constitucionalmente previstos e de grande valia   rápida soluço dos ilícitos penais de menor potencial ofensivo.

### **3 TRANSA O PENAL: DIREITO SUBJETIVO DO RÉU OU PODER DISCRICIONÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO?**

Em rela o   natureza jurídica<sup>[3]</sup> da proposta de transa o penal há clara divergência de posi es na doutrina, pensando uns tratar-se de ato discricionário<sup>[4]</sup> por parte do Ministério Público, que poderia, desde que fundamentadamente, optar por oferecer ou não o benefício, sustentando outros que o cumprimento dos requisitos legais implicaria em direito subjetivo do autor do fato   transa o penal.

Interpretando o art. 76 da Lei 9.099/95, Ada Pelegrini Grinover sustenta que:

O dispositivo em exame afirma que o Ministério Público (e, por analogia, o querelante na queixa-crime das infrações penais de menor potencial ofensivo: v. n. 3 supra) “poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa”. [...] No entanto, permitir ao Ministério Público (ou ao acusador privado) que deixe de formular a proposta de transação penal, na hipótese de presença dos requisitos do § 2º do art. 76, poderia redundar em odiosa discriminação, a ferir o princípio da isonomia e a reaproximar a atuação do acusador que assim se pautasse ao princípio de oportunidade pura, que não foi acolhido pela lei. Pensamos, portanto, que o “poderá” em questão não indica mera faculdade, mas um poder-dever, a ser exercido pelo acusador em todas as hipóteses em que não se configurem as condições do § 2º do dispositivo. (GRINOVER *et al*, 2000, p. 140)

Em sentido contrário, Afrânio Silva Jardim dispõe o seguinte:

Nessas hipóteses de infrações penais de menor potencial ofensivo, o legislador diz que, desde que preenchidos determinados requisitos legais, o Ministério Público *pode* oferecer uma pena menor, no interesse da sociedade, no interesse do réu, etc. Quer dizer, seria *faculdade* do Ministério Público que, nesses casos, não tem o dever de oferecer a denúncia e, sim, a *faculdade* de oferecer uma pena menor, abrindo mão do exercício da obrigatoriedade desta espécie de ação penal. Não vemos, por conseguinte, como direito subjetivo do réu a transação penal. (JARDIM, 2005, p. 337)

Este também é o entendimento de Nucci, para quem:

Em nosso entendimento, vigendo, ainda, no Brasil, o critério da obrigatoriedade da ação penal pública, apenas mitigado pela possibilidade de oferta de transação penal, não se pode obrigar o Ministério Público a fazer a proposta. Aliás, como não se pode obrigar a instituição a propor ação penal. (NUCCI, 2008, p. 760)

Neste ponto, pode-se dizer que talvez Ada Pelegrini Grinover esteja com a razão, pois tal como em tantos outros dispositivos em matéria penal, como na suspensão condicional da pena e no livramento condicional, previstos, respectivamente, nos arts. 77 e 83 do Código Penal, o “pode” a que se refere o art. 76 da Lei 9.099/95, tem que ser entendido como “deve”, ao passo que, cumpridos os requisitos legais, possui o autor do fato direito subjetivo à transação penal.

Até porque, trata-se de uma interpretação da lei visando ao “favorecimento” do réu e à adequação aos próprios objetivos da Lei 9.099/95, quais sejam, como já dito alhures, celeridade, informalidade e economia processual.

Ademais, não se enquadrando o autor do fato em nenhuma das hipóteses de vedação ao oferecimento do benefício, previstas no art. 76 e parágrafos da aludida lei, não restaria ao Ministério Público fundamentos legais para negar a proposta de transação penal, considerando que esta deve ser feita de forma motivada.

Diante disso, fazendo jus o autor do fato à transação penal e não sendo a ele ofertado o benefício pelo *Parquet*, sem qualquer justificativa válida, quais seriam as saídas existentes?

Para Capez, caso o Ministério Público não ofereça a transação penal, haveria a seguinte alternativa:

Se o Ministério Público não oferece a proposta ou se o juiz discordar de seu conteúdo, deverá, por analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal, remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, o qual terá como opções designar outro promotor para formular a proposta, alterar o conteúdo daquela que tiver sido formulada ou ratificar a postura do órgão ministerial de primeiro grau, caso em que a autoridade judiciária estará obrigada a homologar a transação. (CAPEZ, 2006, p. 557)

Este também vem sendo o entendimento jurisprudencial, conforme se infere do enunciado nº 86 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) a seguir transcrito:

Enunciado 86 (substitui o Enunciado 6). Em caso de não oferecimento de proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, aplica-se, por analogia, o disposto no art. 28 do CPP. (aprovado no XXI Encontro – Vitória/ES) (BRASIL, Fórum Nacional dos Juizados Especiais)

Em sentido diametralmente oposto e em posição minoritária na doutrina, Damásio de Jesus afirma que “diante do princípio da celeridade processual, não se remetem os autos ao Procurador-Geral de Justiça (art. 28 do CPP)”, sustentando a possibilidade do próprio juiz fazer a proposta de transação penal, nos casos em que o MP se omite ou se recusa a fazê-lo, para depois, em caso de concordância do autor do fato, homologá-la. Trata-se da transação penal *ex officio*. (JESUS, 2000, p. 66)

Tourinho Filho, da mesma forma, assevera que:

Não havendo apresentação da proposta, por mera obstinação do Ministério Público, parece-nos, poderia fazê-la o próprio Magistrado, porquanto o autor do fato tem um direito público subjetivo no sentido de que se formule a proposta, cabendo ao juiz o dever de atendê-lo, por ser indeclinável o exercício da atividade jurisdicional. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 110)

Este artifício, apesar de em um primeiro momento nos levar a crer estar amparado pelos próprios objetivos da Lei 9.099/95: celeridade, informalidade, etc., padece, a nosso ver, de legalidade, haja vista que o Magistrado estaria, na verdade, avocando as funções e atribuições do Promotor de Justiça. Como bem explicitado por Pazzaglini Filho: “O Constituinte consagrou o sistema acusatório, com a separação orgânica e funcional entre

responsável pela acusação (Ministério Público) e o responsável pelo julgamento”. (PAZZAGLINI FILHO *et al*, 1996, p. 52)

Rejeitando tanto a transação penal *ex officio* quanto a invocação do art. 28 do CPP, Bitencourt traz como alternativa a impetração de Habeas Corpus pelo autor do fato, uma vez que, para o referido doutrinador, a transação constitui direito subjetivo do réu e considerando que “a própria Constituição Federal determina que *nenhuma lesão de direito individual* pode ser privada do poder jurisdicional”. (BITENCOURT, 2008, p. 625)

Realmente, pode-se dizer que a alternativa encontrada por Bitencourt seja a melhor, pois como sustentado pelo próprio autor:

[...] adota-se analogia para situações contraditórias, ou seja: o CPP adota o expediente do art. 28 para a hipótese em que o Ministério Público não quer denunciar, com o que não concorda o magistrado; na hipótese de transação, o *Ministério Público deseja exatamente denunciar*, ignorando um direito do cidadão. Em outros termos, aplica-se o mesmo remédio para situações antagônicas. (BITENCOURT, 2008, p. 624)

Diante disso, mesmo que, no caso, seja benéfico ao réu a invocação do art. 28 do CPP pelo Magistrado, visto que do contrário o mesmo seria denunciado, e no que pese a admissibilidade da analogia em *bonam partem*, esta medida não constitui, a bem da verdade, uma analogia, pois como salientado com propriedade por Bitencourt, estar-se-á “aplicando o mesmo remédio para situações antagônicas”. (BITENCOURT, 2008, p. 624)

Em sendo assim, por ser de fácil constatação que o oferecimento da transação penal de ofício pelo Juiz acarretaria em ilegalidade, uma vez que, como já dito, este estaria se intrometendo nas funções do Ministério Público, reitera-se que a melhor alternativa, e talvez a única existente, para os casos em que o

Promotor de Justiça, mesmo estando diante de um réu que cumpre todos os requisitos legais à concessão do benefício e ainda assim não oferece a ele a transação penal, seja a impetração de Habeas Corpus, considerando a flagrante possibilidade dele se ver denunciado e, adiante, ser-lhe cerceado o direito de locomoção por meio da prolação de uma sentença condenatória com aplicação de pena privativa de liberdade.

#### **4 ADMISSIBILIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL EM DELITOS QUE SE PROCESSAM MEDIANTE AÇÃO PENAL PRIVADA**

A admissibilidade da transação penal em delitos de alçada privada é questionável por uma “simples” razão: o texto do art. 76 da Lei 9.099/95 não contempla esta possibilidade.

De acordo com o referido dispositivo legal:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. [...] (BRASIL, Lei 9.099/95)

Por esta razão, doutrinadores como Mirabete, Capez, entre outros, militam contrariamente à possibilidade de transação penal nos crimes de ação penal privada, senão vejamos:

Não prevê a lei a possibilidade de transação na ação penal de iniciativa privada. Isto porque, na espécie, o ofendido não é representante do titular do *jus puniendi*, mas somente do *jus perseguendi in juditio*. Não se entendeu possível que propusesse, assim, a aplicação de pena na hipótese de infração penal de menor potencial ofensivo, permitindo à vítima transacionar sobre uma sanção penal. Ademais, numa visão tradicional, o interesse da vítima é o de ver reparados os danos causados pelo crime, o que

lhe é possibilitado no instituto da composição, ou com a execução da sentença penal condenatória. Na ação penal de iniciativa privada, prevalecem os princípios da oportunidade e disponibilidade e, no caso afeto aos Juizados, a composição pelos danos sofridos pela vítima, tornando desnecessária e desaconselhável a previsão de oferecimento de proposta para a transação. (MIRABETE, 2002, p.137/138)

Porém, no que pese a ausência de previsão legal, não se pode ter em vista simples interpretação literal da lei para se concluir pela admissibilidade ou não da transação penal, conforme apenas a variação do legitimado para a propositura da ação penal. Deve-se, ao contrário, interpretar a lei de modo lógico, teleológico e, até mesmo, analógico.

Para Nader:

O fim não é aquele pensado pelo legislador, é o fim que está implícito na mensagem da lei. Como esta deve acompanhar as necessidades sociais, cumpre ao intérprete revelar os novos fins que a lei tem por missão garantir. Esta evolução de finalidade não significa ação discricionária do intérprete. Este, no afã de compatibilizar o texto com as exigências atuais, apenas atualiza o que está implícito nos princípios legais. (NADER, 1995, p. 325)

Conforme lições de Marcos Paulo Dutra Santos:

Como é cediço, nenhum dispositivo legal existe isoladamente. O Direito é um sistema de normas, logo, quando se interpreta uma regra, é fundamental analisá-la à luz de todo o ordenamento jurídico, a começar pela Constituição, que encerra o fundamento de validade de todas as demais leis. (SANTOS. 2006. p. 12)

Portanto, muito mais do que a aplicação estrita e literal da lei, cabe ao intérprete e aos operadores do direito em geral a busca

pelo fim almejado pela norma, porque, conforme se crer, não faz parte dos objetivos da Lei 9.099/95 restringir a transação penal apenas para os delitos de ação penal pública, em absoluto desrespeito ao princípio da isonomia.

Diante da constatação, então, de que o autor do fato, cumprido os requisitos legais, possui direito subjetivo à transação penal, não se pode verificar a possibilidade de concessão de tal benefício com base apenas no tipo de delito cometido, ou seja, se de ação penal de iniciativa pública ou privada.

Quanto à alegação de que, em uma visão tradicional, o interesse da vítima restringir-se-ia à busca de reparação pelos danos causados pelo ofensor, Grinover, acertadamente, sustenta que:

No entanto, a evolução dos estudos sobre a vítima faz com que por parte de muitos se reconheça o interesse desta não apenas à reparação civil, mas também à punição estatal. De outro lado, não existem razões ponderáveis para deixar à vítima somente duas alternativas: buscar a punição plena ou a ela renunciar. (GRINOVER *et al*, 2000, p.137)

Como bem justificado pela referida autora, em caso de frustração da composição civil, à vítima que deseja ver punido o seu ofensor restaria apenas uma alternativa: exercer o direito de queixa. Entretanto, desde que verificado que o ofendido deseja realmente processar criminalmente o ofensor, por que não permitir que seja a este oferecida a transação penal? Referindo-se à vítima:

Talvez sua satisfação, no âmbito penal se reduza à imposição imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, e não se vêem razões válidas para obstar-se-lhe a via da transação que, se aceita pelo autuado, será mais benéfica também para este. (GRINOVER *et al*, 2000, p.137)

Não   outro o entendimento de Tourinho Filho, para quem:

Se estiverem presentes todos os requisitos exigidos em lei para que proceda   “transa o”, nada obsta possa o ofendido formul -la. [...] Não tem sentido vedar-se-lhe esse direito. Do contrário, haveria uma discrimina o odiosa, e, além do mais, ferir-se-ia o princípio da isonomia. Se na a o pública o autor do fato faz *jus* ao benefício, por que não em se tratando de a o penal privada? Se o ofendido, titular da a o como substituto processual dispõe de poderes para promover, ou não, a a o penal, e, em uma vez intentada, dela desistir, seja pelo perdão, seja pela peremp o, mais ainda os terá para formular a proposta, pois poderá pretender, em vez do processo, uma simples multa ou pena restritiva de direito. Quem pode o mais, pode o menos. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 115)

Cabível na espécie, pois, a invoca o da analogia *in bonam partem*, visto que a transa o penal, ou pelo menos a possibilidade de transacionar,   mais benéfica ao réu do que se ver, desde logo, processado criminalmente e com possibilidades de ser punido mais gravemente ao final, pena esta que lhe incutir , inclusive, maus antecedentes, ao contrário daquela estabelecida a título de transa o penal.

Assim também se manifesta Grinover:

Dentro dessa postura,   possível ao juiz aplicar por analogia o disposto na primeira parte do art. 76, para que também incida nos casos de queixa, valendo lembrar que se trata de norma prevalentemente penal e mais benéfica. (GRINOVER *et al*, 2000, p. 137/138)

No entanto, discorda-se apenas quanto ao fato de caber ao Juiz a possibilidade de se invocar a analogia, porque, na verdade, isto será feito   pelo legitimado<sup>[5]</sup> para a proposta da transa o penal, que, por certo, não   o Magistrado, visto que este, conforme

salientado no tópico anterior, não pode proporex *officio* o benefício da transação penal.

Quanto à jurisprudência, embora ainda haja divergências, vem preponderando o entendimento de ser admissível a transação penal em delitos de ação penal privada. Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. TRANSAÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO QUERELANTE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. POSSIBILIDADE.

1. Embora admitida a possibilidade de transação penal em ação penal privada, este não é um direito subjetivo do querelado, competindo ao querelante a sua propositura.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(BRASIL; Superior Tribunal de Justiça; Processo AgRg no REsp 1356229 / PR; Relator(a): Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE; Data do Julgamento: 19/03/2013; Data da Publicação/Fonte: DJe 26/03/2013)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. FALTA DE INTIMAÇÃO DO IMPETRANTE DO NÚMERO DA AUTUAÇÃO E DO ÓRGÃO JULGADOR DO HABEAS CORPUS. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. CRIME CONTRA A HONRA. TRANSAÇÃO PENAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 76 DA LEI N.º 9.099/95. OFERECIMENTO. TITULAR DA AÇÃO PENAL. QUERELANTE. PRECEDENTES.

1. Não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de intima o do impetrante do número da autua o e do  rgo julgador do habeas corpus, dado que não demonstrado qualquer prejuízo para a defesa.

2. O benefício previsto no art. 76 da Lei n.  9.099/95, mediante a aplica o da analogia *in bonam partem*, prevista no art. 3.  do Código de Processo Penal,   cabível também nos casos de crimes apurados através de a o penal privada.

3. Precedentes do STJ.

4. Ordem parcialmente concedida.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 31527/SP. Relator: Ministro Paulo Galloti. 28 mar. 2005. Diário da Justiça Eletrônico, p. 315)

HABEAS CORPUS. DIFAMA O E INJÚRIA. A O PENAL ORIGINÁRIA DE COMPETÊNCIA DE TRIBUNAL REGIONAL. APLICA O DA LEI 9.099/95. AUDIÊNCIA PARA A PROPOSTA DA TRANSA O. PRECLUSÃO PELO RECEBIMENTO DA QUEIXA-CRIME. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Recebida a queixa-crime sem oportuna e específica oposi o do magistrado ou do querelado quanto   matéria, resta preclusa a discussão acerca da aplica o da transa o penal. Precedente do STF (HC 86.007/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 1/9/06).

2. "A Lei n.  9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a suspensão condicional do processo, inclusive nas a es penais de iniciativa exclusivamente privada, sendo que a legitimidade para o oferecimento da proposta   do

querelante" (APN 390/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Corte Especial, DJ 10/4/06) .

3. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Tribunal de origem que, sem prejuízo da regular tramitação da ação penal, intime o querelante para que se manifeste sobre a suspensão condicional do processo, em conformidade com o art. 89 da Lei 9.099/95.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 60933/DF. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. 23 jun. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, LEXSTJ, vol. 229, p. 271)

AÇÃO PENAL. DIREITO PENAL. CRIMES CONTRA A HONRA PROPTER OFFICIUM. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. INÉPCIA DA ACUSATÓRIA INICIAL. INOCORRÊNCIA. CRIME DE CALÚNIA. IMPROCEDÊNCIA. CABIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL E DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SOBRESTAMENTO DO RECEBIMENTO DA QUEIXA-CRIME.

1. "É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções." (Súmula do STF, Enunciado nº 714).

2. A queixa que se mostra em parte ajustada ao artigo 41 do Código de Processo Penal, ensejando o pleno exercício da garantia constitucional da ampla defesa, não deve, nem pode, ser tida e havida como inepta, mormente quando não se está acobertado por nenhuma causa excludente.

3. Inexistindo imputação de fato definido como crime, somado ao vício formal que grava a inicial no particular, fica afastada a calúnia.

4. Em se fazendo cabível a transação penal e a suspensão condicional do processo, por força de rejeição parcial da queixa, é dever do Juiz suscitar a manifestação do Querelante, ficando sobrestado o recebimento da acusatória inicial.

5. Voto preliminar no sentido de que se oportunize ao Querelante, no prazo de 48 horas, a manifestação relativa à proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo ao Querelado, sobrestando-se a decisão relativa ao recebimento da queixa-crime.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. APn 566/BA. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. 12 nov. 2009. Diário da Justiça Eletrônico)

Diante dos precedentes do STJ acima transcritos, vê-se que a jurisprudência, realmente, vem pacificando o tema, adotando a mesma posição defendida ao longo do presente trabalho, com a ressalva, apenas, de que os tribunais superiores vêm se manifestando, ultimamente, no sentido de caber ao próprio querelante ofertar ao querelado o benefício da transação penal, com o que não se concorda, conforme será demonstrado a seguir.

Tornando o assunto indiscutível e espancando quaisquer dúvidas a respeito, cita-se o enunciado nº 90, aprovado pelo Fórum Nacional dos Juizados Especiais:

Enunciado 90 (Substitui o Enunciado 49) - Na ação penal de iniciativa privada, cabem a transação penal e a suspensão condicional do processo (Aprovado no XXI Encontro - Vitória/ES). (Brasil. Fórum Nacional dos Juizados Especiais)

Em sendo assim, majoritário, atualmente, o entendimento doutrinário e jurisprudencial pela admissibilidade da transação penal em delitos que se processam mediante queixa.

#### 4.1 Legitimado para a proposta

No que diz respeito especificamente ao legitimado para a proposta de transação penal, a corrente majoritária, na qual se inserem autores como Ada Pelegrini Grinover e Fernando da Costa Tourinho Filho, aduz que caberia à própria vítima o oferecimento do benefício, ao argumento de que, “se pode o mais, por que não poderia o menos”? (TOURINHO FILHO, 2009, p.115)

Neste ponto, pensa-se que talvez não seja o mais apropriado o oferecimento da transação penal pela própria vítima, primeiramente porque, em se tratando de pena, importante seja esta dotada de proporcionalidade, razoabilidade e adequada à punição e à prevenção do delito, não sendo o ofendido, geralmente leigo, a pessoa mais indicada à averiguação da punição cabível, notadamente por não ser ele imparcial, o que poderia acabar acarretando em aplicação de pena alternativa por demais severa, impossibilitando o seu cumprimento pelo réu.

Além disso, pressupõe-se que a vítima não possui o entendimento técnico-jurídico necessário para verificar se o autor do fato faz jus ou não à transação penal, pois tal como nos delitos de ação penal pública, o ofensor nos delitos de iniciativa privada também deve preencher os requisitos legais para que seja possível a oferta do benefício.

Por fim, como bem argumentado por Távora e Alencar, mesmo que nos delitos de iniciativa privada a vítima atue como substituta processual, o direito de punir continua com o Estado, pelo que, agindo em nome deste, caberia ao Ministério Público ofertar ao autor do fato a transação penal, após a verificação do preenchimento dos requisitos legais necessários à concessão do benefício. Nesse sentido:

De outro lado, como a transação penal é ação penal tendente à aplicação imediata de pena – a aplicação da pena em si é privativa do Estado – é adequado que, uma vez verificada a propositura da queixa (com a potencialidade do desencadeamento da ação penal privada), ao Ministério Público seja assegurada a proposta de transação penal também no crime de ação penal de iniciativa privada. Com essa cautela está garantido tratamento isonômico dos autuados. (TÁVORA e ALENCAR, 2008, p. 730)

Conclui-se, pois, pela admissibilidade da transação penal em delitos de ação penal privada, cujo legitimado exclusivo para a proposta da pena alternativa, conforme se observou, deve ser o representante do Ministério Público.

#### **4.2 Momento mais adequado para a transação**

Sabe-se que, tradicionalmente, a transação penal é concebida como a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva de direitos ou multa), anteriormente, portanto, ao oferecimento da inicial acusatória.

Porém, em se tratando de delitos de ação penal de iniciativa privada, pode-se dizer que o momento oportuno à oferta da transação penal seja um pouco diferente daquele estabelecido para os delitos de ação penal pública, ao passo que o Promotor de Justiça somente poderia oferecer o referido benefício se a vítima realmente demonstrar interesse na persecução criminal.

Dessa forma, tem-se que após o recebimento do Termo Circunstanciado de Ocorrência<sup>[6]</sup> pela Secretaria do juízo e após sua devida autuação, deverá ser concedida vista dos autos ao Ministério Público, que ao analisar os fatos poderá concluir de antemão pela atipicidade, verificando, ainda, possível ocorrência de prescrição ou de qualquer outra causa de extinção da punibilidade, pelo que pugnará pelo arquivamento do procedimento. Caso

contrário, inexistindo quaisquer dessas circunstâncias, a medida que se impõe é a designação de audiência preliminar, intimando-se para comparecimento o autor do fato e a vítima.

Conforme Torinho Filho:

Antes de ser realizada a audiência, obviamente o Promotor já descartou a possibilidade de requerer o arquivamento. Evidente que se o fato, por exemplo for atípico, o Promotor requererá o arquivamento do Termo Circunstanciado. Igual procedimento deve tomar quando se tratar de infração de bagatela. [...]

Não sendo caso de arquivamento, na audiência preliminar, procura-se solucionar, de maneira simples e informal, o problema da satisfação do dano. Essa é a meta principal. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 87)

Em audiência preliminar, cujo não comparecimento injustificado do ofendido pode até mesmo acarretar em perempção (art. 60 do Código Penal), deve-se dar a ele a oportunidade de renunciar ao direito de queixa (art. 49 e 50 do Código Penal), perdoar o réu (art. 51/59 do Código Penal) ou com este compor civilmente os danos (art. 74 da Lei 9.099/95), o que implicaria no arquivamento dos autos.

Caso contrário, ultrapassadas todas as questões acima citadas - e é exatamente neste ponto que se pensa existir uma pequena diferença em relação aos delitos de ação penal de iniciativa pública, condicionada ou não à representação -, não deve o Promotor de Justiça propor imediatamente ao autor do fato a transação penal, senão depois do inequívoco oferecimento da queixa-crime.

Em uma análise fria dessas considerações, poderia até se pensar estar havendo uma verdadeira subversão da ordem das coisas, haja vista que a Lei 9.099/95, ao prever o instituto da

transação penal, deixa claro que esta se refere a uma aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, anterior, pois, ao oferecimento da inicial acusatória.

Entretanto, pensa-se que, muito mais benéfico ao réu do que a transação penal é a extinção da punibilidade pela decadência, que ocorrerá no caso de a vítima não propor a queixa-crime no prazo de seis meses a contar do conhecimento da autoria.

Portanto, diferentemente do que ocorre nos delitos de ação penal pública, em que a transação penal, como regra, é proposta anteriormente ao oferecimento da denúncia, talvez o momento oportuno para a transação penal em delitos de ação penal privada seja aquele posterior à apresentação da queixa-crime, seja na própria audiência preliminar, no caso da queixa ser oferecida oralmente, em audiência especialmente designada para este fim, ou mesmo por ocasião da audiência de instrução e julgamento, antes do recebimento da inicial acusatória pelo Juiz.

## **5 CONCLUSÃO**

Após todo o exposto, conclui-se não haver dúvidas acerca da admissibilidade da transação penal em delitos de iniciativa privada, no que pese ser a lei omissa a este respeito.

Um dos argumentos utilizados para se admitir a proposta de pena alternativa ao autor do fato processado diretamente pela vítima foi o de que, sendo a transação penal considerada direito subjetivo do réu, desde que este cumpra todos os requisitos objetivos e subjetivos à concessão do benefício, estaríamos ferindo o princípio da isonomia ao negar a ele a transação penal conforme apenas no tipo de delito cometido, se de ação penal pública ou privada.

Não há que se verificar aqui o desejo da vítima, caso seja o de que o autor do fato se veja efetivamente processado criminalmente, para, ao final, ser condenado a uma pena privativa de liberdade, ou mesmo restritiva de direitos. O que deve ser levado em consideração é que, não se enquadrando o réu dentro das hipóteses restritivas previstas no art. 76, § 2º, da Lei 9.099/95, deve ser a ele oferecido o benefício da transação penal, independentemente do crime por este cometido, mas desde que seja de menor potencial ofensivo, isto é, punido com pena de até dois anos.

Até porque, na verdade, o mais justo e adequado aos interesses da vítima é a composição civil dos danos, o que, nos termos do art. 74 da própria Lei 9.099/95, acarreta em renúncia ao direito de queixa. Entretanto, caso não haja a composição dos danos, pensa-se que pouco importa à vítima se o réu será apenado antecipadamente ou não.

Além disso, não se pode utilizar única e exclusivamente de uma interpretação literal da lei para se concluir pela inadmissibilidade da transação penal em delitos de alçada privada, devendo, ao contrário, ser utilizada uma interpretação teleológica e analógica, porque mais justa e benéfica ao réu.

Diante disso, não se pode olvidar que os fins buscados pela Lei 9.099/95 é a celeridade, informalidade e economia processual, que, conjugado com o princípio constitucional da isonomia, compeli-nos à utilização da analogia *in bonam partem* para permitir a proposta da transação penal aos autores de delitos privados.

Ressalta-se, porém, que conforme se observou, o legitimado para a proposta do benefício deve ser o representante do Ministério Público, mesmo que seja o delito de ação penal exclusivamente privada. Isso porque, conforme já disposto, não possui a vítima o necessário discernimento para imputar ao autor do fato uma pena

alternativa adequada à reprovação da conduta e apta a prevenir futura delinqüência. Ademais, conforme também já dito, embora o ofendido aja como substituto processual, o direito de punir continua com o Estado, no caso, o Ministério Público.

E no caso de, estando cumpridos todos os requisitos legais, não ser ao autor do fato, seja pelo cometimento de delito de iniciativa pública ou privada, ofertado o benefício da transação penal, qual alternativa restaria a ele?

Rechaça-se a possibilidade de transação penal *ex officio* pelo magistrado, pelas óbvias razões de que, ao assim fazer, estaria um membro do Poder Judiciário avocando as funções que cabem apenas ao Ministério Público.

A posição majoritária, como visto, é pela possibilidade de o juiz invocar, por analogia, o disposto no art. 28 do CPP, remetendo os autos ao Procurador Geral de Justiça, posição com a qual se discorda, pois como bem ressaltado por Bitencourt e Tourinho Filho, estaríamos utilizando a analogia para situações totalmente antagônicas, visto que o art. 28 do CPP é utilizado para as hipóteses em que o MP não quer denunciar e pugna pelo arquivamento, ao passo que na situação relatada o Promotor de Justiça quer denunciar e, por isso, não oferece ao réu a transação penal.

Pensa-se, portanto, que talvez a melhor alternativa seja a impetração de Habeas Corpus preventivo pelo réu, diante da premente possibilidade de sofrer um constrangimento, dito ilegal - considerando que faz *jus* à transação penal -, em seu direito de locomoção, haja vista a possibilidade de ser contra ele prolatada sentença condenatória com aplicação de pena privativa de liberdade.

Por fim, deve-se ressaltar que, mesmo que admissível a transação penal em delitos de ação penal privada, chegou-se à

conclusão de que esta só deve ser levada a cabo após o efetivo oferecimento da queixa-crime pelo ofendido. Antes, porém, deve ser tentada a composição civil dos danos e verificar se a vítima não possui interesse em renunciar ao direito de queixa ou perdoar o réu, possuindo ela, ainda, o “ônus” de propor a ação penal, sob pena de decadência.

## 6 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

BRASIL. Lei 9.099. 26/09/1995. Disponível em <http://www.senado.gov.br>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 31527/SP. Relator: Ministro Paulo Galloti. 28 mar. 2005. Diário da Justiça Eletrônico, p. 315. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 60933/DF. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. 23 jun. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, LEXSTJ, vol. 229, p. 271. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. APn 566/BA. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. 12 nov. 2009. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>

BRASIL. Fórum Nacional dos Juizados Especiais. Enunciado n. 90. Disponível em [http://www.tjmg.jus.br/jesp/enunciados/enunciados\\_fonaje.html](http://www.tjmg.jus.br/jesp/enunciados/enunciados_fonaje.html)

BRASIL. Fórum Nacional dos Juizados Especiais. Enunciado n. 86. Disponível em [http://www.tjmg.jus.br/jesp/enunciados/enunciados\\_fonaje.html](http://www.tjmg.jus.br/jesp/enunciados/enunciados_fonaje.html)

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: legislação penal especial. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4. p. 538 - 578.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Juizados Especiais Criminais: Comentários Lei 9.099, de 26/09/95. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. rev. e atual., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JESUS, Damásio de. Lei dos Juizados Especiais Criminais. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LUIZI, Luiz. Os Princípios constitucionais penais. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. 327p.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudências, legislação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 737 - 787.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 5. ed. rev., atual. e ampl. até maio de 2005. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino *et al.* Juizado Especial Criminal: Aspectos práticos da Lei nº 9.099/95. São Paulo: Atlas, 1996.

PODVAL, Roberto. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. *In.*: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 1. P. 1825 a 2089.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Transação penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SOUZA, Alexander Araujo de. A transação penal brasileira (art.76 da Lei nº9.099/95): seu delineamento legislativo e sua inserção no contexto das resoluções alternativas de litígios em matéria penal. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre , v.3, n.16 , p. 38-61, mar. 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R. C. de. Curso de Direito Processual Penal. Bahia: Editora Jus Podivm, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Comentários à lei dos Juizados Especiais Criminais. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

#### **NOTAS:**

[1] Expressão cunhada por Grinover, Gomes Filho, Fernandes e Gomes, na obra Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995, e cujo assunto será tratado, mais detidamente, no capítulo 3 do presente trabalho.

[2] A partir do momento em se possibilita ao autor fato, mediante livre escolha, sujeitar-se a uma pena restritiva de direitos antes

mesmo do oferecimento da ação penal, e que culminará com a extinção de sua punibilidade, sem ensejar qualquer efeito penal ou extrapenal, não há dúvidas de que a transação penal é benéfica e, por esta razão, em várias passagens, no presente trabalho, é tratada como sinônimo de “benefício”.

[3] Ao nos referirmos à natureza jurídica da “proposta” de transação penal estamos querendo investigar se o Ministério Público possui discricionariedade para oferecê-la ou se o réu possui direito subjetivo a ela, diferentemente do enfoque dado por alguns autores ao discorrerem sobre a natureza jurídica da transação penal em si, ou seja, se se trata de um acordo ou, para alguns, de mera sanção penal.

[4] Para os que assim entendem, argumentam tratar-se, na verdade, de uma verdadeira “discricionariedade regrada”, na medida em que deve o Promotor de Justiça analisar os requisitos legais e fundamentar em caso de não oferecimento da transação penal.

[5] Conforme a seguir será demonstrado, defendemos que o único legitimado para propor a transação penal, seja em se tratando de delitos de iniciativa pública ou privada, é o Ministério Público, por intermédio do Promotor de justiça.

[6] Como é sabido, nos Juizados Especiais Criminais o Inquérito Policial foi substituído pelo procedimento administrativo denominado Termo Circunstanciado de Ocorrência, comumente chamado de TCO, procedimento este mais simples e célere, em perfeita harmonia com os fins objetivados pelo Juizado Especial.

## NÃO INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE A LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS, OBSERVÂNCIA DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE SERVIÇO

**VICENTE FÉRRER DE ALBUQUERQUE JÚNIOR:** Advogado. Pós-graduando em Direito Tributário pela Universidade Anhuera-Uniderp. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

**RESUMO:** O imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, incide sobre os serviços constantes da lista anexa da Lei Complementar nº 116/03, independente de serem prestados em conjunto com atividade não tributada. Dessa forma, o STF pacificou o tema, no enunciado de súmula vinculante nº 31, que proíbe a incidência do ISS sobre a locação de bens móveis. Esta conclusão baseia-se na ideia do conceito de serviço traçado pela Constituição da República. Depreende-se que a Lei Complementar Federal que traça os serviços passíveis de submissão a exação tributária pertencem ao grupo do conceito de serviço delineado na Lei Maior.

Palavras-chaves: PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. JURISDIÇÃO ÚNICA. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Conceito Constitucional de Serviço. 4. Conclusão. 5. Referências.

---

### 1. INTRODUÇÃO

No intuito de evitar a guerra fiscal entre os entes federados municipais, a atual Constituição da República estabelece critérios uniformes para a instituição e cobrança dos impostos de competência constitucional dos municípios. Os dispositivos constitucionais são regulamentados por lei complementar, no caso

do ISS, pela Lei Complementar nº 56/87, anexa ao Decreto Lei 406/68, e pela Lei Complementar nº 116/03.

## **2. CONCEITO CONSTITUCIONAL DE SERVIÇO.**

De início, resumidamente, a jurisprudência do STF veda a incidência do Imposto sobre Serviços quanto à locação de bens móveis, pois o direito tributário não poderia alterar conceitos jurídicos de direito privado, como a definição de serviços. A expressão constava da Lei Complementar nº 56/87, anexa ao Decreto Lei 406/68, no item 79, declarada inconstitucional pelo Supremo, nos termos do RE nº 116.121, *verbis*:

### **TRIBUTO - FIGURINO CONSTITUCIONAL.**

A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. **IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO.** A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. **Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel.** Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional. (STF - RE 116.121, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2000 – grifos acrescidos)

Entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº 31, *verbis*:

### Súmula Vinculante 31

É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza

- **ISS** sobre operações de **locação de bens móveis**.

Nessa toada, o art. 110, do CTN, ao estabelecer que a lei tributária não alterará os conceitos oriundos do direito privado para definir institutos e conceitos utilizados para definir ou limitar competências tributárias. Assim, o conceito de 'serviço', deverá ser aquele advindo do direito privado, conforme decidiu o Supremo:

"(...) 1. A não incidência do ISS sobre a locação de bens móveis decorre da impossibilidade do poder de tributar vir a modificar o conceito constitucional de serviço que provém do direito privado. Tal conclusão afasta a competência do sujeito ativo com relação a qualquer dos diplomas que tenham disciplinado as normas gerais sobre o imposto. Não é por outro motivo que o item da atual lista de serviços que previa a possibilidade de fazer o tributo incidir sobre a atividade em questão foi objeto de veto presidencial." ([RE 602295 AgR](#), Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgamento em 7.4.2015, *DJe* de 23.4.2015).

Não obstante, o anexo da LC 116/03, bem como a LC 56/87, anexa ao Decreto Lei 406/68, devem ser interpretados de forma restritiva, sendo a atuação legislativa dos Municípios vinculada ao rol previsto na norma federal. Ainda, do conceito de serviço, vindo das disposições de direito privado, tem-se que o serviço demanda uma obrigação de fazer, não se confundindo com uma obrigação de

dar, conforme seria o aluguel de bem móvel. Didático, neste sentido, o entendimento do STF:

Ementa: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS ASSOCIADA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LOCAÇÃO DE GUINDASTE E APRESENTAÇÃO DO RESPECTIVO OPERADOR. INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE A LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. SÚMULA VINCULANTE 31. AGRAVO REGIMENTAL. **1. A Súmula Vinculante 31 não exonera a prestação de serviços concomitante à locação de bens móveis do pagamento do ISS. 2. Se houver ao mesmo tempo locação de bem móvel e prestação de serviços, o ISS incide sobre o segundo fato, sem atingir o primeiro. 3. O que a agravante poderia ter discutido, mas não o fez, é a necessidade de adequação da base de cálculo do tributo para refletir o vulto econômico da prestação de serviço, sem a inclusão dos valores relacionados à locação. Agravo regimental ao qual se nega provimento.**(STF - ARE 656709 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 14/02/2012 – grifamos)

O item 3.01 da lista de serviços da LC 116/03, aprovada no Congresso Nacional, que dispunha sobre a locação de bens móveis foi vetado pelo Presidente da República, com as seguintes razões:

O STF concluiu julgamento de recurso extraordinário interposto por empresa de

locação de guindastes, em que se discutia a constitucionalidade da cobrança do ISS sobre a locação de bens móveis, decidindo que a expressão "locação de bens móveis" constante do item 79 da lista de serviços a que se refere o Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, com a redação da Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, é inconstitucional (noticiado no Informativo do STF no 207). O Recurso Extraordinário 116.121/SP, votado unanimemente pelo Tribunal Pleno, em 11 de outubro de 2000, contém linha interpretativa no mesmo sentido, pois a "terminologia constitucional do imposto sobre serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo a contrato de locação de bem móvel. Em direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprios, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável." Em assim sendo, o item 3.01 da Lista de serviços anexa ao projeto de lei complementar ora analisado, fica prejudicado, pois veicula indevida (porque inconstitucional) incidência do imposto sob locação de bens móveis[1].

Nesse sentido, somente será tributada pelo ISS a atividade entendida como serviço, obrigação de fazer, na forma constitucionalmente estabelecida. Assim, a empresa não poderá ser compelida a pagar o Imposto sobre Serviços se não houver prestado serviço, já que o aluguel de mídias móveis é mera obrigação de dar. Para se resguardar de possível lançamento e

imposição de pagamento por parte do ente tributante municipal caberá ao sujeito passivo da relação tributária resguardar-se por mandado de segurança preventivo ou ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária.

Enfim, no writ pretende-se assegurar o direito líquido e certo do impetrante de não ser compelido a pagar uma exação tributária por fato gerador inexistente. Quanto à ação declaratória de inexistência da relação jurídica tributária o objetivo é o mesmo, impedir que a exação tributária recaia sobre quem não é sujeito passivo, entretanto, neste procedimento caberá à produção de provas na fase instrutória do processo.

### **3. CONCLUSÃO**

Em suma, não haverá incidência do ISS sobre a locação das mídias móveis, tendo em vista a interpretação restritiva da lista de serviços do anexo da lei complementar nº 116/03, sendo de observância obrigatória pelos municípios. Com esse viés, não incidirá o ISS sobre um fato que não seja a prestação de serviços, tendo por meta a taxatividade das hipóteses de incidência, ordenadas pela Constituição de 1988 e regulamentadas por Lei Complementar. Por fim, para evitar o lançamento e a cobrança indevida do Imposto sobre Serviços quanto à locação de bens móveis, caberá ao sujeito passivo o manejo de uma ação declaratória ou mandado de segurança preventivo.

### **4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE116.121**, Tribunal Pleno. Brasília, 11 de outubro de 2000. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=206139>. Acesso em: 27/06/2015.

2) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 602295 AgR**, Primeira Turma. Brasília, 7 de abril de 2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8273399>. Acesso em: 27/06/2015.

3) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 656709**, Segunda Turma. Brasília, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1801906>. Acesso em: 27/06/2015.

4) BRASIL. **Lei Complementar nº 116**, de 31 de julho de 2003. Acesso em: 29/06/2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2003/leicomplementar-116-31-julho-2003-492028-veto-13883-pl.html>.

#### NOTAS:

[1] BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Acesso em: 29/06/2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2003/leicomplementar-116-31-julho-2003-492028-veto-13883-pl.html>

## OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UMA ANÁLISE DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

**LARISSA SANTOS FERREIRA:** Acadêmica da Universidade Estadual de Montes Claros-Unimontes.

**RESUMO:** O objetivo deste trabalho é tratar dos direitos fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e mais especificamente do direito fundamental de propriedade expresso em seu artigo 5º, inciso XXII e seguintes. O presente trabalho abordará o direito de propriedade como uma garantia fundamental inerente aos brasileiros, protegido também o direito de estrangeiros, mas mais especificamente, a importante função social da propriedade que deve ser pretendida e atingida.

**Palavras-chaves:** Propriedade. Direito. Função Social.

**ABSTRACT:** *The objective of this work is dealing with fundamental rights listed in the Constitution of the Federal Republic of Brazil in 1988, and more specifically the fundamental right of property expressed in Article 5, paragraph XXII and thereafter. This paper will address the right to property as a fundamental guarantee inherent to Brazilians, also protected the right of foreigners, but more specifically, the important social function of property that should be intended and achieved.*

**Keywords:** *Property. Right. Social Role.*

---

### 1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais têm seu marco inicial apontado por alguns autores como sendo a Magna Carta Inglesa (1215). No entanto, os direitos ali estabelecidos não visavam à garantia de uma esfera irreduzível de liberdades aos indivíduos em geral, mas sim, a uma esfera de poder

político de barões e do rei. Não podem ser então, considerados como efetivos direitos fundamentais, já que se limitavam a uma minoria.

Segundo o constitucionalista J. J. Gomes Canotilho, a positivação dos direitos fundamentais deu-se a partir da Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, e das declarações de direitos formuladas pelos Estados Americanos, ao firmarem sua independência em relação à Inglaterra. A partir desse momento originaram-se as Constituições Liberais dos estados ocidentais dos séculos XVIII e XIX.

De acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino os primeiros direitos fundamentais

“Têm o seu surgimento ligado à necessidade de se impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado e suas autoridades constituídas. Nasceram, pois, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado. Por esse motivo – por exigirem uma abstenção, um não fazer do Estado em respeito à liberdade individual – são denominados *direitos negativos, liberdades negativas, ou direitos de defesa.*”

Os direitos fundamentais surgiram, portanto, como normas que tinham como objetivo restringir a atuação do Estado, exigindo desse, um comportamento de abstenção, de não fazer, em contraponto à liberdade individual. A autonomia individual passou a ser, dessa forma, ampliada em relação à ação do Estado, que não deveria interferir mais de forma abusiva nas relações particulares. Contudo,

“somente no século XX, com o reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão – direitos sociais, culturais e econômicos – os direitos fundamentais passaram a ter *feição* positiva, isto é, passaram a exigir,

também, a atuação comissiva do Estado, prestações estatais em favor do bem-estar do indivíduo.”

Quando da tratativa dos direitos fundamentais, importante se faz o estudo da classificação de status dos direitos fundamentais desenvolvida pelo professor alemão Georg Jellinek. Com o fim de auxiliar na compreensão do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, Jellinek criou no final do século XIX, a doutrina dos quatro status em que um indivíduo poderia se encontrar perante o Estado. Tais status seriam: o status passivo, o status negativo, o status positivo e o status ativo.

Percebe-se o status passivo quando o indivíduo se encontra em posição de subordinação aos poderes públicos, caracterizando-se como detentor de deveres para com o Estado. O Estado aqui, por meio de normas, leis, mandamentos, impõe ao indivíduo um fazer mediante tais normas. O indivíduo possui deveres em relação ao Estado.

Já o status negativo é percebido quando o Estado não tem ingerência sobre a autodeterminação do indivíduo. Este possui o direito de gozar de algum âmbito de ação desvinculado da ingerência estatal. O indivíduo tem portanto, um espaço de liberdade frente ao Estado, que não pode interferir em suas escolhas.

O próximo status apresentado por Jellinek é o status positivo, que é aquele presente nas situações em que o indivíduo tem o direito de exigir do Estado uma ação positiva em seu favor, quer seja realizando prestações ou ofertando serviços, quer seja ofertando bens.

Por fim, Jellinek apresenta o status ativo que é aquele em que o indivíduo desfruta de competências para influir sobre a formação da vontade estatal. Essa posição do indivíduo corresponde ao exercício, por exemplo, de direitos políticos, assim como, pela participação na formação da vontade estatal.

Tais definições apresentadas por Jellinek, são ainda hoje percebidas nas sociedades, o que as tornam atuais, fazendo com que seu estudo seja importante e sua análise necessária.

Outro ponto importante que deve ser analisado é o da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Embora às vezes tratados como sinônimos, com idêntico significado, há um traço distintivo entre eles. A expressão direitos humanos, de acordo com Gilmar Mendes, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais do homem. Esses direitos humanos possuem índole filosófica e não tem como característica básica sua positivação numa ordem jurídica particular.

Já a expressão direitos fundamentais é utilizada, ainda segundo Gilmar Mendes, para designar os direitos relacionados às pessoas, inscritos em textos normativos de cada Estado. São direitos que vigoram em determinada ordem jurídica, sendo, por este motivo, garantidos e limitados no espaço e no tempo.

Além dessa anterior distinção, a doutrina também traz uma diferenciação entre direitos fundamentais e garantias fundamentais. Os direitos fundamentais seriam os bens em si mesmo considerados e que são declarados como tais nos textos constitucionais.

As garantias fundamentais, por conseguinte seriam aquelas estabelecidas pelos textos constitucionais como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. Elas possibilitam que os indivíduos possam fazer valer frente ao Estado, seus direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são classificados em gerações (ou dimensões). Leva-se em conta, nessas classificações, o momento de surgimento e o reconhecimento pelos ordenamentos. Os direitos de primeira geração são aqueles que realçam o princípio da liberdade. São os direitos civis e políticos reconhecidos na Revolução Francesa e na Americana. Tais direitos caracterizam-se por uma imposição ao Estado de

uma abstenção, por um não fazer de sua parte. Os direitos de primeira geração são as conhecidas liberdades individuais, que tem como foco a liberdade do homem de forma individual.

Os direitos de segunda geração identificam-se, por sua vez, com as liberdades positivas, reais ou concretas e acentuam o princípio da igualdade entre os homens. São os direitos econômicos, sociais e culturais. Esses direitos de segunda geração surgiram por conta dos movimentos sociais do século XIX, que foram responsáveis pela gradual passagem do Estado liberal para o Estado social. Correspondem aos direitos de participação e à exigência de prestações sociais por parte do Estado, tais como saúde, educação, trabalho, habitação, etc.

Já os direitos de terceira geração consagram os princípios da solidariedade e da fraternidade. São atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa. Esses direitos fundamentais não se destinam especificamente à proteção de interesses individuais, de um grupo ou de determinado Estado. Sua titularidade é difusa ou coletiva. Como exemplos tem-se os direitos ao meio ambiente, à paz, à defesa do consumidor, etc.

Por fim, discute-se atualmente a existência de direitos de quarta geração. Para alguns doutrinadores, como Paulo Bonavides, estes constituiriam o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo político. Dependeriam, portanto, da concretização de uma sociedade aberta ao futuro. Já para outros doutrinadores, como o Professor Norberto Bobbio, tal dimensão decorreria dos avanços da engenharia genética.

Importante salientar que uma nova dimensão de direitos não implica na substituição ou caducidade da dimensão anterior. Na realidade, os direitos da geração posterior se transformam em pressupostos para a compreensão e realização dos direitos da geração anterior.

“O direito individual de propriedade, de primeira dimensão, nasceu no Estado Liberal, com feição tipicamente privada, portanto; com o surgimento da segunda dimensão de direitos fundamentais, adquiriu feição tipicamente social, a partir da exigência dos textos constitucionais de que a propriedade atenda à sua função social; modernamente, com o reconhecimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão, a propriedade deverá respeitar, também, as leis ambientais.”

## 2 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 elencou os direitos fundamentais no Título II (artigos 5º ao 17), classificando-os em cinco grupos distintos. São estes: os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relativos à existência, organização e participação em partidos políticos.

Os direitos individuais correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade. São por exemplo, o direito à vida, à dignidade e à liberdade. Abarcados aqui, estão também os direitos fundamentais coletivos como o direito de reunião, o direito de associação e o mandado de segurança coletivo.

Os direitos sociais constituem por sua vez, as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito. Tem como objetivo a melhoria da condição de vida dos hipossuficientes. Como exemplo, tem-se o direito à saúde, à previdência e à educação.

Os direitos de nacionalidade se referem ao vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a um determinado Estado. Este vínculo o capacita a exigir sua proteção e a cumprir suas obrigações/deveres.

Os direitos políticos apresentam o conjunto de regras que disciplinam as formas de atuação da soberania popular. Garante ao indivíduo o exercício concreto da participação nos negócios políticos do Estado.

Já os direitos à existência, organização e participação em partidos políticos regulamentam os partidos políticos como instrumentos necessários à preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação.

Os direitos fundamentais previstos na CF/88 não podem ser considerados como normas estanques, pois estes não podem ser reunidos em um elenco fixo. Ao contrário, constituem uma categoria jurídica aberta. A enumeração dos direitos fundamentais na CF não é fechada, exaustiva. Podem ser estabelecidos outros direitos fundamentais no próprio texto constitucional ou em outras normas.

### 3 - O DIREITO DE PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 discorre acerca da propriedade e a elenca de forma a tutelá-la como um direito fundamental do homem, em rol específico destinado a tais direitos em seu artigo 5º. Vinculado a este, porém, postula-se, já no inciso seguinte do referido artigo, que “a propriedade atenderá à sua função social”, o que torna imperativa a interpretação de que o direito fundamental à propriedade, garantido constitucionalmente aos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país é vinculado ao também direito fundamental de que esta atenda àquilo que se concebe pelo texto da Carta Magna como sendo sua função social, e condiciona o seu atendimento à possibilidade de desapropriação desta pelo Poder Público mediante prévia indenização . Esta, porém, não é o único momento em que o constituinte versa acerca da propriedade ou de sua função social no decorrer do texto constitucional, tendo-as mencionado, também, sob o título da Ordem Econômica e Financeira, especificamente no artigo 170º (incisos II e III), como princípios da ordem econômica e financeira nacional, com isso modificando o seu conceito

estanque e retirando-o da esfera estritamente individual dos direitos fundamentais, já que os princípios que norteiam a ordem econômica nacional restam adstritos à ideia de “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”, fim que são propostos a concretizar pela CF/88.

Sobre o tema, Carlos Frederico Marés de Souza Filho aponta que ao vincular a propriedade ao cumprimento de requisitos que ensejem o reconhecimento do atendimento de uma função social, de fato ocorre um enfrentamento do caráter absoluto e inviolável que lhe havia sido conferido em outras épocas, especialmente frente à necessidade de tutela de novos direitos coletivos, como é o caso da proteção conferida ao meio ambiente, por exemplo, sendo que a propriedade que não cumpra com o seu papel frente à sociedade não possui tutela jurídica e não pode ser considerada propriedade.

Nestes termos, o texto Constitucional, ao dar independência à proteção da propriedade, tornando-a objeto de um inciso próprio e exclusivo, deixa claro que a propriedade é assegurada por si mesma, erigindo-se em uma das opções fundamentais de que assim repele modalidades outras de resolução da questão dominial como, por exemplo, a coletivização estatal.

A Constituição não consegue abarcar todas as maneiras de manifestações do direito de propriedade, por seu dinamismo no sistema capitalista. Mas a instituição da propriedade é única, sobrevivendo sobre tudo economicamente estimável e passível de apropriação pelo indivíduo.

Assim, incumbe lembrar que a propriedade é um direito fundamental da mesma forma que a função social da propriedade, desta maneira um direito fundamental seria limitado por outro.

#### 4- A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A função social da propriedade é uma limitação imposta pela Constituição Federal no que tange ao direito de propriedade, pois exclui a possibilidade do seu exercício de forma absoluta e desvinculada do contexto social no qual se insere. É estabelecido, também, tanto no texto constitucional quanto infraconstitucional, que a propriedade produtiva atinge a sua função social, excluindo a possibilidade da sua desapropriação pelo Poder Público em face do interesse social.

Nesse sentido, o princípio da função social, embora seja de implicação a toda a coletividade, destina-se, precipuamente, ao titular do direito de propriedade, ao legislador ordinário e ao juiz. Ao primeiro porque está adstrito ao exercício das faculdades dominiais, a fim de que possa preservar a tutela jurídica de seu direito mesmo quando se persiga as finalidades sociais. Ao segundo porque deve proceder de maneira que, atento aos proclamos constitucionais, não permita ao titular do domínio, respaldado em normas inferiores, poderes contrários ou abusivos quanto às aspirações sociais. Ao último, pois lhe cabe o mister de interpretar o exercício do direito dominial e da função social.

É, justamente, à luz dessa consideração da propriedade como fonte de deveres fundamentais que se deve entender a determinação constitucional de que ela atenderá à sua função social (art. 5º, inc. XXIII).

Cabe lembrar, no entanto, que a Constituição brasileira, especificamente em relação à propriedade rural e à propriedade do solo urbano, explicita-o como sendo a adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade. O art. 182, § 2º dispõe que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor, sendo que uma lei específica poderá exigir do proprietário de terreno não-edificado, subutilizado ou não-utilizado, incluído em área abrangida pelo plano diretor, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de aplicação sucessiva de três sanções (§ 4º). No art. 187, dispõe-se que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos

em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A função social da propriedade atribui obrigações ao proprietário quando estipula que todo bem deverá ter uma destinação útil. Dentro da esfera imobiliária, as terras improdutivas são passíveis de desapropriação, vez que a posse mansa, pacífica e ininterrupta dentro de um determinado lapso temporal poderá conceder a outrem o direito de propriedade sobre este bem através da usucapião. Da mesma maneira ocorre com terras rurais improdutivas ou que não estão sendo respeitadas a conservação e preservação do meio ambiente, também são passíveis de desapropriação para fins de reforma agrária.

Nestes termos, saliente-se que o Estado poderá para garantir o bem estar social, obedecendo aos limites estabelecidos pela Constituição que fundam a garantia dos direitos individuais e de interesse público, intervir na propriedade privada e nas atividades econômicas. Esta intervenção no caso do cumprimento da função social pelo proprietário do bem, só poderá ocorrer embasada no interesse público, que prevalecerá sobre o particular, deverá ocorrer mediante indenização.

Assim, cabe frisar que função social da propriedade visa garantir que o direito individual não desrespeite o coletivo, se manifestando através da limitação das faculdades do direito de propriedade, da estipulação de condições para o exercício dos poderes do proprietário e da obrigação do exercício de alguns direitos de domínio.

#### 5- A DESAPROPRIAÇÃO COMO FORMA DE SE ATINGIR A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A propriedade é um direito fundamental assegurada pela Constituição de 1988, ratificando a sua importância como fruto do

trabalho do homem e seu desenvolvimento econômico. Todavia, a Carta Magna no inciso XXIII do artigo 5º afirma que a propriedade deverá atender a sua função social. Essa expressão constante no texto constitucional significa que o proprietário pode gozar de seu direito sobre a propriedade de forma plena, porém sem causar prejuízo a terceiros e também cumprindo as determinações do legislador no tocante ao interesse coletivo, com padrões urbanísticos bem como ambientais.

Código Civil de 2002 também assegura o direito de propriedade, afirmando que são direitos do proprietário usar, gozar e dispor da coisa que possua. Nesse sentido, salienta ainda que em seu artigo 1228, §2º que o proprietário não pode ser privado de seu direito sobre a coisa, todavia apresenta hipóteses legais de desapropriação do imóvel.

A Constituição apresenta claramente as situações em que a propriedade urbana e rural cumprirá a função social exigida. No parágrafo segundo do artigo 182, a política urbana alia ao plano diretor da cidade a função social da propriedade. No tocante à propriedade rural, no artigo 186, a Constituição elenca quais são os requisitos para cumprimento da função social.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente,

segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A desapropriação é uma forma de o Estado interferir na propriedade do partilhar tendo respaldo legal para tal ato. Ocorre a desapropriação extraordinária quando o a propriedade não está cumprindo sua função social. Será urbanística sancionatória a desapropriação que dispõe o artigo 182, §4º, III, da Constituição Federal, que assim afirma:

§4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O poder público poderá notificar o proprietário determinando um prazo para que ele adeque a seu imóvel às normas constantes do plano diretor do município apresentando um projeto. Aprovado o esse, terá o proprietário prazo de dois anos para dar início a obra.

Outra hipótese de desapropriação extraordinária que ocorre quando a propriedade não está cumprindo o seu fim social, é aquela utilizada para reforma agrária. A Constituição disciplina essa possibilidade no seu artigo 184, que declara a União apta para realizar a desapropriação em face de imóvel rural descumpridor de sua função social:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Cabe salientar que o diploma normativo em seu artigo 185 traz duas exceções a incidência da regra de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Nesse sentido fica excluída dessa regra a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra, e também a propriedade produtiva. Nesse sentido, deve-se compreender que a função social da propriedade não se refere apenas a questão econômica ou utilização da terra, mas também a preservação do meio ambiente e condições de trabalho dignas.

#### CONCLUSÃO:

Como foi visto, o direito a propriedade é garantido constitucionalmente e figura como um direito fundamental tendo como

requisito para sua legitimidade o atendimento a sua função social. Nesse sentido, a Constituição estabelece hipóteses para a limitação desse direito, tendo em vista o interesse da coletividade.

No que tange a propriedade urbana, a restrição ao direito da propriedade está previsto legalmente, sendo assim, deve-se observar requisitos encontrados no plano diretor de cada município. Dessa forma, esse plano busca adequar às necessidades das necessidades dos cidadãos e a estrutura da cidade, sendo obrigatória a observância de suas determinações sob pena de ter o cidadão limitado seu direito a propriedade caso não haja o fim social pretendido.

Quanto ao fim social do imóvel rural, deve-se compreender que somente atendido o requisito de economicamente produtivo não é suficiente. A observância de outros critérios, como ambiental e trabalhista, também são de vital importância e de extrema necessidade.

Pelo todo exposto, a função social da propriedade é um direito que visa o bem comum da coletividade, para que não ocorra a violação de direitos pela má ou nenhuma utilização da propriedade. É dever do Poder Público fazer valer esse direito, garantindo sua eficaz aplicabilidade diante dos casos concretos.

#### REFERÊNCIAS:

Artigo : **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO**

**SOCIAL** de Diogo de Calasans Melo Andrade.

ALEXANDRINO, Vicente Paulo e Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. – 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2012

CASTRO, Thainá Lima Bittencourt De. **O Direito à propriedade em face da função social: indivíduo x sociedade**. Rev. Âmbito Jurídico, 2012. Disponível

em:[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10766&revista\\_caderno=7](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10766&revista_caderno=7). Acesso: 05/06/2015.

LEAL, Roger Stiefelmann. **A propriedade como direito fundamental - Breves notas introdutórias.** Rev. Senado, Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012. Disponível em:<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf?sequence=1>. Acesso: 05/06/2015.

MELO, José Mário Delaiti de . **A função social da propriedade.** Rev. Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em:

[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12660](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12660). Acesso: 05/06/2015.

RIOS, Thiago Meneses. **Direito de propriedade, função social e limitações constitucionais.** Rev. Jus, publicado em 03/2014. Disponível em : <http://jus.com.br/artigos/27032/direito-de-propriedade-funcao-social-e-limitacoes-constitucionais#ixzz3cDDT8EwX>. Acesso: 05/06/2015

TEIXEIRA, Samantha Ribas. **O Direito (fundamental) à Propriedade no Âmbito Constitucional Brasileiro e a Sua Relativização Pelo Instituto da Função Social da Propriedade.** Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=59d9b46aa00c7023>. Acesso:05/06/2015.

GONÇALVES, Monique Rodrigues. **A função social da desapropriação urbanística sancionatória.** Disponível em:[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12442&revista\\_caderno=4](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12442&revista_caderno=4). Acesso: 27/06/2015.

ZIZUEL, Thiago Moraes. **Desapropriação em face da função social da propriedade.** Disponível

em:<https://iusvirtualis.wordpress.com/2009/05/30/desapropriacao-em-face-da-funcao-social-da-propriedade/>. Acesso: 27/06/2015.

CARVALHO, Thirzzia Guimarães de. **Desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária em decorrência da exploração de trabalho escravo.** Disponível

em:[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12656&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12656&revista_caderno=9). Acesso: 27/06/2015.

MELO, José Mário Delaiti de. **A função social da propriedade.** Disponível:[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12660&revista\\_caderno=7](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12660&revista_caderno=7). Acesso: 27/06/2015.

CASTRO, Thainá Lima Bittencourt De. **O direito à propriedade em face da função social: indivíduo x sociedade.** Disponível em:[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10766](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10766). Acesso: 27/06/2015.

## DOS ASPECTOS JURÍDICOS DA RELATIVIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE REPOSIÇÃO AO ERÁRIO PÚBLICO

**LAÉRCIO VIEIRA MACHADO:** Advogado da União. Membro integrante da Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional.

**RESUMO:** O presente artigo tem por fim o estudo acerca dos aspectos jurídicos incidentes na efetivação da reposição de valores pagos aos servidores públicos federais, pela Administração Pública, fora dos parâmetros normativos permissivos, com ênfase na relativização da sua obrigatoriedade, mediante explanação acerca da natureza do erro da Administração e da repercussão da presença do elemento subjetivo na conduta do servidor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Administração Pública. Reposição ao Erário. Arcabouço Normativo. Conceituação. Obrigatoriedade. Exceções.

---

### INTRODUÇÃO

Do complexo de relações existentes entre a Administração Pública e os agentes públicos exsurtem uma gama de obrigações sinalagmáticas.

Dentre este amplo feixe obrigacional, tem-se, quiçá a mais importante obrigação, a remuneração dos agentes públicos, cuja efetivação demanda o exame de rígidos critérios constitucionais, legais e infralegais.

Entretanto, no escrutínio decorrente do controle de despesas, a Administração Pública pode se deparar com o pagamento de valores indevidos a servidores, circunstância esta que faz surgir à obrigação de reposição ao erário.

Contudo, tal obrigatoriedade pode ser relativizada, mediante a presença de elementos anímicos/subjetivos (boa-fé e má-fé), observáveis

na conduta do servidor, e objetivos (erro de fato e erro de direito), decorrentes do agir da Administração Pública.

Diante da complexidade do tema e da necessidade de enfretamento das questões que lhes são adstritas, é que o presente estudo se caracteriza como de maior relevância.

## I – DO ARCABOUÇO NORMATIVO

Os descontos legais, tido por gênero, tendo em vista o modo como delimitada a legislação, no âmbito federal, encontra-se disciplinada pelas normas insculpidas nos artigos 46 e 47 da Lei nº 8.112/90, *in verbis*:

Art. 46. As **reposições e indenizações** ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001\)](#)

§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001\)](#)

§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001\)](#)

§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser

revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001\)](#)

Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001\)](#)

Parágrafo único. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001\)](#)

As disposições normativas supratranscritas determinam a forma pela qual as reposições/indenização devem ser descontadas da remuneração do servidor<sup>[1]</sup>, contudo, não determinam quando, ou seja, em quais hipóteses haverá a necessidade de reposição ou indenização.

Para auxílio quanto à definição do suporte fático idôneo para ensejar a reposição ao erário, necessário se faz o manejo de instituto adstrito ao direito civil, qual seja, o pagamento indevido.

Nesses termos, dispõe o artigo 876 do Código Civil:

Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.

Por sua vez, no que tange à conformação do suporte basilar para incidência na norma cogente atinente à obrigação de indenizar, constante do artigo 46 da Lei nº 8.112/90, tem-se que este se consubstancia na provocação de dano e, conseqüente, dever de reparação.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Isso posto, insta salientar que a diferenciação da natureza do desconto somente ocorrerá a partir da análise casuística, a qual definirá qual das hipóteses se trata: reposição ou indenização.

Malgrado a tendência da jurisprudência em agrupar ambas espécies no gênero “ressarcimento ao erário”, na verdade, o que se observa, mormente pela própria etimologia do termo “ressarcir<sup>[2]</sup>”, é que o ressarcimento se constitui como sinônimo de indenização, cujas hipóteses, pelo lastro fático respectivo, se distinguem, explicitamente, daquelas que alicerçam à reposição ao erário, que pressupõem o pagamento/recebimento indevido.

## **II – DA REPOSIÇÃO AO ERÁRIO: DA OBRIGATORIEDADE E DA RELATIVIZAÇÃO DA SUA EFETIVAÇÃO**

Consoante exposto no item anterior, a caracterização do suporte fático da pretensão de reposição deriva do instituto do pagamento indevido, prescrito no artigo 876 do Código Civil.

Nesses termos, imperioso afirmar que, quando do recebimento indevido de valores, imprescindível se faz à sua devolução ao erário.

Em exame objetivo, essa é a regra de conduta adotada pela legislação pátria. O recebimento indevido de valores tem por consequência lógica a sua devolução ao erário público.

Entretanto, tal obrigatoriedade pode ser relativizada, mediante a presença de elementos anímicos/subjetivos (boa-fé e má-fé), observáveis na conduta do servidor, e objetivos (erro de fato e erro de direito), decorrentes do agir da Administração Pública.

A consolidação de tal posicionamento pode ser aferida nos dizeres tanto da Súmula nº 34 da Advocacia-Geral da União quanto da Súmula nº 249 do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

**SÚMULA Nº 34, da ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO** - Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública.

**SÚMULA Nº 249, do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO** – É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato

administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.

As súmulas reconhecem que nos casos de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública, conceitos estes base do erro de direito[3], a repetição de valores se demonstra indevida, desde que, o estado anímico daquele servidor que perceba o referido montante esteja alicerçado na boa-fé.

A própria legislação federal, qual seja, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, corrobora tal entendimento no momento em que prescreve ser vedada a aplicação retroativa de novo paradigma interpretativo, senão veja-se da dicção do inciso XIII, do seu inciso 2º:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação.**

Outrossim, no que tange a não devolução e valores recebidos de boa-fé por erro da administração pública é a seguinte a orientação do STJ no RESP 645.165/CE rel. Ministra Laurita Vaz: *“Consoante recente posicionamento desta Corte Superior de Justiça, é incabível o desconto de diferenças recebidas indevidamente pelo servidor, em decorrência de*

*errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada boa-fé do beneficiado.”(RESP 645.165/CE DJ 28/03/2005).*

Agora, perscrutando do outro lado do espelho, em se tratando de erro de direito da Administração conjugado com a má-fé do servidor, a repetição será sempre devida, sem qualquer escusa, tendo em vista a explícita afronta, mediante prática de conduta torpe, ao princípio da confiança, o qual deve reger a Administração Pública em seu sentido subjetivo, formal ou orgânico, por se consubstanciar, exatamente, no conjunto de agentes públicos que formam a própria estrutura da Administração.

A indução, influência ou interferência apta a ensejar a perpetração de conduta errônea da Administração para concessão de vantagem indevida viola, fortemente, princípios jurídicos também incidentes na disciplina da atuação administrativa, quais sejam, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa e o princípio da própria torpeza, razão pela qual outra solução não seria possível senão a desconstituição da relação jurídico-administrativa com a consequente reposição ao erário do montante indevidamente percebido.

Nesse sentido é a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR APOSENTADO DO TRF/2ª REGIÃO. ALTERAÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL DA APOSENTADORIA COM INCLUSÃO DE PARCELA DE GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO DE GABINETE. LEI 9.421/96. REESTRUTURAÇÃO DAS CARREIRAS DO JUDICIÁRIO. TRANSFORMAÇÃO AUTOMÁTICA DAS PARCELAS DA GRG EM OPÇÃO FC-05. DECISÃO PLENÁRIA DO TCU. PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO PARA DISCUTIR A VALIDADE DO ATO DO TCU QUE EXCLUI PARCELA "OPÇÃO" DERIVADA DAS VANTAGENS DE

QUINTOS OU DÉCIMOS. ILEGALIDADE DA ACUMULAÇÃO DA GRG COM QUINTOS INCORPORADOS DA MESMA GRG. ART. 54 DA LEI 9784/99. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. INAPLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO DOS EFEITOS DO ATO. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO DEVIDA. I - O art. 54 da Lei 9784/99 apenas se refere a “atos anuláveis”, os quais, para os adeptos da prestigiada teoria dualista (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO e Outros) seriam aqueles atos que, embora defeituosos, afiguram-se passíveis de convalidação. Entretanto, “a regra geral deve ser a da nulidade, considerando-se assim graves os vícios que inquinam o ato, e somente por exceção pode dar-se a convalidação de ato viciado, tido como anulável. Sem dúvida é o interesse público que rege os atos administrativos, e tais interesses são indisponíveis como regra” (cf. José dos Santos Carvalho Filho, Manual de direito administrativo, Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2005, p. 129). II - Os atos que contêm vícios de legalidade - e que são a grande maioria dos atos inválidos - não são anuláveis, mas “nulos”, ou seja, não somente podem, como devem a qualquer tempo ser invalidados pela Administração, com apoio em seu poder de autotutela. O fundamento dessa iniciativa reside no princípio da legalidade (art. 37, caput, CF), o qual restaria inobservado pelo administrador que, diante de um ato administrativo viciado, deixasse de declarar a constatada anomalia através de sua invalidação. III - Haverá prescrição para a Fazenda Pública com relação aos efeitos já produzidos por atos ilegais e, portanto, inválidos. Para estes, a prescrição se consumará no prazo em que ocorre a prescrição judicial em favor da Fazenda

Nacional, ou seja, no prazo de cinco anos, como estabelece o Decreto n.º 20.910/32. IV - Somente se pode considerar desnecessária a reposição ao erário dos valores indevidamente pagos ao servidor a contar dos cinco anos anteriores ao ato administrativo que determinou a revisão dos respectivos proventos, mas sem prejuízo do direito da Administração se ressarcir dos pagamentos a maior efetuados daí em diante e, bem assim, os futuros, ainda não efetuados, regularizando a situação do servidor, de modo prospectivo, uma vez que repugna ao Direito a cristalização de uma ilegalidade pelo só fato de haver transcorrido significativo lapso temporal até a sua efetiva constatação. Em outras palavras: descabe a aplicação da teoria do fato consumado para a finalidade de se perpetuarem ilegalidades que atentem contra o erário e, portanto, contra toda a coletividade. **V - A certeza de que o pagamento a maior de parcelas de benefício ao servidor aposentado decorreu de culpa exclusiva da Administração não se mostra suficiente para afastar a necessidade de devolução ao erário das quantias recebidas de boa-fé pela parte beneficiária, fazendo-se necessária, para tanto, a presença cumulativa de outros requisitos igualmente relevantes, a saber: a ausência, por parte do beneficiário, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada, a existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada e, finalmente, a interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração.** VI - Tratando-se

**de hipótese em que recebidos valores a maior pelo servidor durante o processamento de seu recurso administrativo quando já havia sido decidida por acórdão da 1ª Câmara do TCU a ilegalidade da acumulação da Gratificação de Representação de Gabinete - GRG - com quintos incorporados da mesma GRG, e tendo sido determinada a devolução de tais verbas pelo Tribunal de Contas da União, não há que se falar em justo motivo para o pagamento a maior, nem, tampouco, para o não ressarcimento ao erário.** VII - Apelação provida. Sentença reformada. (AC 200651010140591, Desembargador Federal ALEXANDRE LIBONATI DE ABREU, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::17/12/2014.)

Impende salientar que, no intuito de uma melhor racionalização da *ratio* normativa, os termos expostos na premissa de exceção contida nas Súmulas nº 34, da AGU, e nº 249, do Tribunal de Contas da União, não se aplica aos casos de erro de fato<sup>[4]</sup>, mas sim somente às hipóteses de erro de direito, não havendo, portanto, que se perquirir acerca da presença do elemento anímico.

Isso posto, pode-se afirmar que o único óbice legal à pretensão estatal de restituição dos valores pagos indevidamente, nessa toada, reside nos artigos 53 e 54 da Lei nº 9.784/99, os quais disciplinam a prerrogativa da Administração Pública de anular seus próprios atos, bem como a decadência desse direito.

Assim dispõem os referidos os artigos 53 e 54 da Lei nº 9.784/99:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revoga-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Assim do cotejo entre as disposições contidas na Lei nº 9.784/99 e a consolidação exposta nas Súmulas nº 34, da AGU, e nº 249, do Tribunal de Contas da União, tendo norte interpretativo à preservação da segurança jurídica, tem-se que:

- a) Erro de Fato da Administração Pública e percebimento de boa-fé. Cabimento da restituição. Para tanto, a Administração Pública deve, dentro do prazo de cinco anos a contar da data do primeiro pagamento indevido, promover qualquer medida que importe impugnação à validade do ato, tendo em vista que, após o decurso do prazo decadencial, a inércia administrativa atinge o exercício do direito de invalidade/anular o próprio ato, salvo comprovada má-fé;
- b) Erro de Fato da Administração Pública e percebimento de má-fé. Cabimento da restituição. A diferença da primeira hipótese cinge-se a não incidência da decadência, vez que, conforme ressalva constante do artigo 54 da Lei nº 9.784/99, a

pretensão de reposição pode ser exercitada a qualquer tempo.

Nesse sentido, segue o entendimento da jurisprudência, consubstanciado no acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. PROVENTOS ERRONEAMENTE PAGOS PELA ADMINISTRAÇÃO. LEI Nº 9.030/95. DESCONTO DOS VALORES PERCEBIDOS A MAIOR. POSSIBILIDADE. ART. 46 DA LEI Nº 8.112/90. APELAÇÃO E REMESSA PROVIDAS.

1. Após constatar a ocorrência de erro, já que o impetrante havia sido aposentado na vigência da Lei nº 9.030/95, que determinava a aplicação do percentual de 25% sobre o valor total do cargo em comissão, acrescida da remuneração do cargo efetivo e/ou emprego permanente, procedeu o impetrado à restituição ao erário das diferenças pagas a maior, mediante descontos mensais em folha de pagamento, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112/90.

2. Havendo equívoco, mesmo que por culpa exclusiva da Administração, deve o ato ser anulado, nascendo nesse momento a obrigação de restituição aos cofres públicos da importância indevidamente percebida, pois os efeitos da invalidação retroagem à data da sua edição.

3. "A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em

todos os casos, a apreciação judicial." (STF - Súmula 473).

4. "Deve agir, a Administração, sempre, consubstanciada no Princípio da Legalidade. Assim, constatada a irregularidade e a ilegitimidade de um ato praticado, deverá invalidá-lo. O que fundamenta o ato invalidador é portanto o dever de obediência à legalidade, o que implica a obrigação de restabelecê-la quando violada; é o chamado poder-dever da Administração." (STJ, ROMS 12.935/PR, Rel. Min. Edson Vidigal).

5. "Ainda que a servidora tenha recebido a respectiva verba de boa-fé, ou seja, não tenha dado causa ao erro no pagamento da vantagem, a Administração tem o poder-dever de revisar seus atos e anulá-los quando eivados de vícios." (STJ, RMS 14373/SC, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 04/11/2002.)

6. Apelação e remessa oficial providas. (AMS 00021473420004010000, JUIZ FEDERAL ANTONIO CLAUDIO MACEDO DA SILVA (CONV.), TRF1 - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:14/09/2006 PAGINA:21.)

Desse modo, mesmo havendo boa-fé no recebimento dos valores pagos indevidamente, a Administração Pública, tem o dever-poder de anular o ato e, conseqüentemente, exija a restituição do montante ao erário público, em se tratando de erro de fato ou erro material, tendo em vista que tal hipótese se encontra excluída do campo de incidência das Súmulas nº 34, da AGU, e nº 249, do Tribunal de Contas da União.

Por fim, impende trazer à baila que, inclusive, um dos próprios precedentes[5]apresentados como lastro da Súmula nº 34/08 da AGU vincula à necessidade de reposição ao erário em caso da ocorrência de mero erro de fato ou material, independente da aferição da presença do elemento anímico para sua efetivação.

#### **IV - CONCLUSÃO**

Diante do quanto exposto, tem-se como premissa basilar, quando do recebimento indevido de valores, a necessidade de reposição do erário público, sob pena da conformação do locupletamento ilícito.

Em exame objetivo, essa é a regra de conduta adotada pela legislação pátria.

O recebimento indevido de valores tem por consequência lógica a sua devolução ao erário público.

Contudo, por sua vez, tal relação cartesiana pode ser relativizada diante da presença variáveis consubstanciadas nos elementos subjetivos (boa-fé e má-fé), observáveis na conduta do servidor, e objetivos (erro de fato e erro de direito), decorrentes do agir da Administração Pública.

No tocante ao erro de direito, a presença do elemento anímico possui grande relevância, pois, a boa-fé tem por condão afastar a obrigatoriedade da reposição.

Por sua vez, quanto a influência do aspecto subjetivo no erro de fato, tem-se que este, ao contrário do erro de direito, possui o condão de, tão somente, alargar o prazo anulatório dos atos administrativos, *ex vidis* disposição contida no § 1º do artigo 54 da Lei nº 9.784/99, nunca relativizando, por conseguinte, a obrigatoriedade de reposição do montante indevidamente percebido.

#### **IV – REFERÊNCIAS**

BRASIL, Constituição da Republica Federativa Brasileira de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 de agosto de 2013.

DINAMARCO, Cândido R. *Impenhorabilidade de Vencimentos e Descontos Feitos pela Administração*. In: RT 543/16. 1981.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1985. v. II.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. *Regime Jurídico Único*. 3ª ed., Brasília Jurídica, 1996.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

#### NOTAS:

[1] Assinale-se que, tendo em vista o disposto nos arts. 46, 47 e 121 a 126 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, fora editada, pela Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Orientação Normativa nº 5, de 21 de fevereiro de 2013, a qual estabelece os procedimentos a serem adotados, pelos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal – SIPEC, para a reposição de valores ao Erário.

[2] Ressarcir = reparar o mal ou a perda feita ou ocasionada a. Indenizar. Satisfazer. Dicionário Priberam. Link: <http://www.priberam.pt/DLPO/ressarcir>. Acessado em: 04 de setembro de 2015.

[3] Diante da doutrina e jurisprudência incidente, pode-se entender por erro de direito a errônea ou inadequada interpretação da lei, circunstância esta que sugere que, em dado momento, o

intérprete conformou seu comportamento em um juízo de certeza (equivocado), ainda que temporário.

[4] Erro de Fato é aquele que incide sobre circunstâncias de fato do ato. Pode dizer respeito às qualidades do objeto, da pessoa ou de qualquer outro elemento da relação jurídica, tal como quantidade, localização, idade, indicação do sexo, qualidade, cálculo de valores, etc.

[5] Precedentes: Superior Tribunal de Justiça: Resp. nº 643.709/PR e AgRg no REsp nº 711.995, Rel. Min. Felix Fisher; REsp. nº 488.905/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; AgRg no REsp nº 679.479/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima (Quinta Turma); RMS nº 18.121/RS, Rel. Min. Paulo Medina; REsp nº 725.118/RJ e AgRg no REsp nº 597.827/PR, Rel. Min. Paulo Gallotti; REsp nº 651.081/RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa (Sexta Turma); MS nº 10.740/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido (Terceira Seção).

## ANOTAÇÕES À CARTA MUNDIAL PELO DIREITO À CIDADE: BREVES PONDERAÇÕES

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

**Resumo:** O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados.

**Palavras-chaves:** Meio Ambiente Artificial. Cidade. Ambiência Contemporânea.

**Sumário:** 1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial; 4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano; 5 A Extensão da Locução “Atividade Urbanística” em sede de Meio Ambiente Artificial: Explicitações ao Estatuto das Cidades; 6 Anotações à Carta Mundial pelo Direito à Cidade: Breves Ponderações.

---

## **1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito**

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com a ênfase reclamada, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”<sup>[1]</sup>. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e

arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”<sup>[2]</sup>. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

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

flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

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

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade<sup>[5]</sup>. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta de 1988 que abriga em sua redação tais

pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “*Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*” [6].

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

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Ora, é conveniente anotar que os direitos inseridos sob a rubrica *terceira dimensão* assenta seus feixes principiológicos na promoção e difusão da solidariedade. Ao lado disso, não é possível olvidar que tal sedimento ideológico volta-se para a espécie humana na condição de coletividade, superando a tradicional ótica que privilegia o aspecto individual do ser humano. Ademais, segundo o magistério de Paulo

Bonavides, “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição Federal de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

## 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos de Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.029/, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

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

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

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

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

viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma. Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. O direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies). Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente,

tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem manter dependência de motivações de âmbito essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnando de aspecto essencialmente constitucional, encontra guarida legitimadora em compromissos e tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os quais representam fator de obtenção do justo equilíbrio entre os reclamos da economia e os da ecologia, porém, a invocação desse preceito, quando materializada situação de conflito entre valores constitucionais e proeminentes, a uma condição inafastável, cuja observância não reste comprometida nem esvaziada do aspecto essencial de um dos mais relevantes direitos fundamentais, qual seja: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

### **3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial**

O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto

de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como tão bem salienta Fiorillo[16]. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. É possível ilustrar as ponderações estruturadas utilizando o paradigmático entendimento jurisprudencial que direciona no sentido que:

**Ementa:**Administrativo. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Propaganda eleitoral. Degradação do meio ambiente. Ausência de matéria eleitoral. Competência da Justiça Estadual. [...] 4. A pretensão ministerial na ação civil pública, voltada à tutela ao meio ambiente, direito transindividual de natureza difusa, consiste em obrigação de fazer e não fazer e, apesar de dirigida a partidos políticos, demanda uma observância de conduta que extravasa período eleitoral, apesar da maior incidência nesta época, bem como não constitui aspecto inerente ao processo eleitoral. 5. A ação civil pública ajuizada imputa conduta tipificada no art. 65 da Lei 9.605/98 em face do dano impingido ao meio ambiente, no caso especificamente, artificial, formado pelas edificações, equipamentos urbanos públicos e comunitários e todos os assentamentos de reflexos urbanísticos, conforme escólio do Professor José Afonso da Silva. Não visa delimitar condutas regradas pelo direito eleitoral; visa tão somente a tutela a meio ambiente almejando assegurar a função social da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos

termos do art. 182 da Constituição Federal. 6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Maceió - AL, ora suscitado. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Seção/ CC 113.433/AL/ Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima/ Julgado em 24.08.2011/ Publicado no DJe em 19.12.2011).

**Ementa:** Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Praças, jardins e parques públicos. Direito à cidade sustentável. Art. 2º, incisos I e IV, d Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). Doação de bem imóvel municipal de uso comum à União para construção de agência do INSS. Desafetação. Competência. Inaplicabilidade da súmula 150/STJ. Exegese de normas locais (Lei Orgânica do Município de Esteio/RS). [...] 2. Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível. 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o

exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). Daí o dever não discricionário do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). [...] 8. Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/ Publicado no DJe em 08.03.2012)

O domínio em apreço é caracterizado por ser fruto da interferência humana, logo, *“aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial”*<sup>[17]</sup>. Como robusto instrumento legislativo de

tutela do meio ambiente artificial, pode-se citar a Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[18], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, estabelece os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana. Nesta esteira, cuida trazer à colação o entendimento firmado por Fiorillo, em especial quando destaca que o diploma legislativo em apreço “*deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo*” [19].

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal[20], são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, “*dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito relaciona-se à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida*”[21], tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida.

Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Carta de 1988. Neste sentido, colacionar se faz premente o entendimento jurisprudencial que:

**Ementa:** Apelação Cível. Direito Público. Município de Caxias do Sul. Planejamento Urbanístico. Estatuto da Cidade. Plano Diretor. Código de Posturas Municipal. Construção de Passeio Público. Meio Ambiente Artificial. O passeio público deve estar em conformidade com a legislação municipal, sobretudo com o Código de Posturas do Município e o Plano Diretor. Tal faz parte da política de desenvolvimento municipal, com o adequado planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, nos exatos termos em que disciplina a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. A prova pericial carreada aos autos demonstra a total viabilidade de adequação do passeio público de frente à residência dos autores, não se podendo admitir que eventual prejuízo causado aos demais réus, moradores vizinhos, que utilizam a área para acesso à sua residência, venha a ser motivo para a não regularização da área, de acordo com o planejamento municipal em termos de desenvolvimento urbano. Eventual desgaste entre os autores e seus vizinhos deverá ser resolvido em demanda própria que não esta. Se os vizinhos dos demandantes utilizam o passeio público em frente à residência dos autores como entrada de suas casas, terão que deixar de fazê-lo e também se adequarem ao que disciplina a lei. O que não pode é o Município ser proibido de fiscalizar e de fazer cumprir com legislação que é, ou deveria ser, aplicável a todos. Recurso Provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio

Grande do Sul – Primeira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70038560991/ Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal/ Julgado em 11.05.2011).

**Ementa:** Administrativo. Poluição Visual. Propaganda em meio aberto (frontlights, moving signs, outdoors). Ilegalidade. 1. Cabe ao Município regular e policiar a propaganda em meio aberto, seja qual for o veículo (frontlights, moving signs, outdoors), pois tal atividade é altamente nociva ao meio ambiente artificial e, no caso da cidade de Porto Alegre, provocou grosseira poluição visual, de acordo com a prova técnica. É necessária prévia licença para expor propaganda no meio aberto e a prova revelou que as empresas exploradoras dessa atividade econômica não se ocuparam em cumprir a lei. Demonstrado o dano ao meio ambiente, devem os responsáveis indenizá-lo, fixando-se o valor da reparação pecuniária em valor módico. Por outro lado, mostra-se prematura a fixação de multa ante a necessidade de examinar caso a caso as hipóteses de remoção na execução. 2. Apelações das rés desprovidas e apelação do município provida em parte. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70011527215/ Relator: Desembargador Araken de Assis/ Julgado em 30.11.2005).

Assim, é plenamente possível traçar um íntimo liame entre o conceito de cidade e os próprios paradigmas integrantes do meio-ambiente artificial. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo

sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados. Deste modo, temas como a poluição sonora ou mesmo visual se revelam dotados de grande relevância, eis que afetam ao complexo equilíbrio existentes no meio-ambiente urbano, prejudicando, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem-estar da população, tal como a criar condições adversas às atividades dotadas de cunho social e econômico ou mesmo afetando as condições estéticas ou sanitárias em que são estabelecidas.

#### **4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano:**

Inicialmente, cuida anotar que o meio ambiente artificial não está disciplinado tão somente na redação do artigo 225 da Constituição Federal[22], mas sim é regido por múltiplos dispositivos dentre os quais o artigo 182 do Texto Constitucional, que disciplina a política urbana, desempenha papel proeminente no tema em comento. Nesta toada, é possível evidenciar que o meio ambiente recebe uma tutela mediata e imediata. *“Tutelando de forma mediata, revela-se o art. 225 da Constituição Federal, em que encontramos uma proteção geral ao meio ambiente. Imediatamente, todavia, o meio ambiente artificial recebe tratamento jurídico no art. 182 do mesmo diploma”*[23]. Salta aos olhos, deste modo, que o conteúdo atinente ao meio ambiente artificial está umbilicalmente atrelado à dinâmica das cidades, não sendo possível, por consequência, desvincula-lo da sadia qualidade de vida, tal como a satisfação dos valores estruturantes da dignidade humana e da própria existência do indivíduo. A política urbana afixa como preceito o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, sendo esta observada na satisfação dos axiomas alocados nos artigos 5º e 6º da Carta da República Federativa do Brasil de 1988[24]. Ora, sobreleva ponderar que a função social da cidade é devidamente materializada quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade, tal como assegura a todos um piso vital mínimo, abrangendo os direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, dentre outros insertos na redação do artigo 6º do Texto Constitucional vigente.

Com efeito, não se pode olvidar que o pleno desenvolvimento reclama uma participação municipal intensa, consoante estabelece a redação do inciso VIII do artigo 30 da Constituição Federal[25], “*que atribui ao Município a competência de promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano*”[26], tal como estabelecendo competência suplementar residual. Em um aspecto mais amplo, é possível destacar que a função social da cidade é devidamente atendida quando propicia a seus habitantes uma vida com qualidade, satisfazendo os direitos fundamentais, mantendo harmonia com os feixes axiomáticos irradiados pelo artigo 225 da Carta de 1988. Nesta perspectiva, é possível destacar que uma cidade só cumpre a sua função social quando possibilita aos seus habitantes uma moradia digna, incumbindo o Poder Público, por conseguinte, proporcionar condições de habitação adequada e fiscalizar sua ocupação. Tais ponderações são, ainda mais, robustecidas ao se verificar que a Constituição Federal, em seus artigos 183[27] e 191[28], consagrou modalidades especiais de usucapião urbano e rural. “*Outra função importante da cidade é permitir a livre e tranquila circulação, através de um adequado sistema da rede viária e de transportes, contribuindo com a melhoria dos transportes coletivos*”[29]. O tema em debate recebe ainda mais realce nos grandes centros urbanos, porquanto o trânsito caótico se apresenta como um óbice à livre e adequada circulação. Além disso, para uma cidade cumprir a sua função social é imprescindível que destine áreas ao lazer e à recreação, edificando praças e implementando áreas verdes. Incumbe, ainda, à cidade viabilizar o desenvolvimento de atividades laborativas, produzindo reais possibilidades de trabalho aos seus habitantes, com o escopo de assegurar a existência de condições econômicas destinadas à realização do consumo de produtos e serviços fundamentais para a existência da pessoa humana, bem como da ordem econômica estabelecida no país.

## **5 A Extensão da Locução “Atividade Urbanística” em sede de Meio Ambiente Artificial: Explicitações ao Estatuto das Cidades**

Imerso nas ponderações estruturadas até o momento, quadra evidenciar que a *atividade urbanística* consiste na ação destinada à realização dos fins perseguidos no Estatuto das Cidades. É necessário assinalar que a atividade em comento alcança momentos distintos que se acham entre si ligados e em recíproca dependência, compreendendo: (a) o planejamento urbanístico; (b) a ordenação do solo; (c) a ordenação urbanística de áreas de interesse especial; (d) a ordenação urbanística da atividade edilícia; (e) os instrumentos de intervenção urbanística. Nesta esteira, é possível assinalar que o *planejamento urbanístico* é o baldrame de toda atividade urbanística, porquanto impulsiona e exerce a ação de ordenação, devendo esta ser estabelecida para a concreção de um influxo, o qual deve ser considerado na elaboração do próprio planejamento. Mais que isso, é imprescindível que haja um ideário claro daquilo que é desejável para o lugar ou território sobre o qual o planejamento incidirá. Comumente, a ideia é expressa de forma gráfica sobre um plano que busca reproduzir a área atingida.

Como desdobramento e complemento do plano, a *ordenação do solo* se revela como conteúdo basilar do planejamento, no que toca especificamente à disciplina do uso e ocupação dos espaços habitáveis. Insta pontuar que a concreção desses objetivos reclama uma junção de esforços advindos dos particulares, porquanto está assentado em uma série de componentes. Igualmente, a atividade urbanística deve se voltar para a preservação do meio ambiente natural e cultural, assegurando, de um lado, as condições de vida respirável e, de outro, a sobrevivência de legados históricos e artísticos, bem como a salvaguarda das belezas naturais. Em determinadas situações, a ação urbanística incide em áreas envelhecidas e deterioradas, buscando estabelecer um processo de renovação com o mesmo objetivo de criar condições para o desenvolvimento das funções elementares: habitar, circular, recrear e trabalhar. Em tais situações, a ordenação urbanística tratará de áreas de interesse especial (interesse urbanístico especial, interesse ambiental, interesse histórico-cultural, interesse turístico). Cumpre, ainda, examinar todos os projetos de edificação, para analisar se estão presentes, ou não, em harmonia com o

plano e com as regras de ordenação de uso e ocupação do solo, tratando-se, assim, de ordenação das edificações ou ordenação urbanística da atividade edilícia.

## **6 Anotações à Carta Mundial pelo Direito à Cidade: Breves Ponderações**

De plano, é fato que as cidades estão distantes de oferecerem condições e oportunidades equitativas aos seus habitantes. A população urbana, em sua maioria, está privada ou limitada – em virtude de suas características econômicas, sociais, culturais, étnicas, de gênero e idade – de satisfazer suas necessidades básicas. Contribuem para isso as políticas públicas que, ao desconhecer os aportes dos processos de produção popular para a construção das cidades e da cidadania, violentam a vida urbana. Graves consequências resultam desse processo, como os despejos massivos, a segregação e a consequente deterioração da convivência social. Este contexto favorece o surgimento de lutas urbanas que, devido a seu significado social e político, ainda são fragmentadas e incapazes de produzir mudanças significativas no modelo de desenvolvimento vigente. O Direito à Cidade amplia o tradicional enfoque sobre a melhora da qualidade de vida das pessoas centrado na moradia e no bairro até abarcar a qualidade de vida à escala da cidade e de seu entorno rural, como um mecanismo de proteção da população que vive nas cidades ou regiões em acelerado processo de urbanização. Isso implica em enfatizar uma nova maneira de promoção, respeito, defesa e realização dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais garantidos nos instrumentos regionais e internacionais de direitos humanos. Na cidade e seu entorno rural, a correlação entre esses direitos e a necessária contrapartida de deveres é exigível de acordo com as diferentes responsabilidades e situações socioeconômicas de seus habitantes, como forma de promover a justa distribuição dos benefícios e responsabilidades resultantes do processo de urbanização; o cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade; a distribuição da renda urbana; a democratização do acesso à terra e aos serviços públicos para todos os

cidadãos, especialmente àqueles com menos recursos econômicos ou em situação de vulnerabilidade. Por sua origem e significado social, a Carta Mundial do Direito à Cidade é, antes de tudo, um instrumento dirigido ao fortalecimento dos processos, reivindicações e lutas urbanas.

Todas as pessoas devem ter o direito a uma cidade sem discriminação de gênero, idade, raça, condições de saúde, renda, nacionalidade, etnia, condição migratória, orientação política, religiosa ou sexual, assim como preservar a memória e a identidade cultural em conformidade com os princípios e normas estabelecidos nessa Carta. O Direito a Cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui, portanto, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais que já estão regulamentados nos tratados internacionais de direitos humanos. Este supõe a inclusão do direito ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias; de fundar e afiliar-se a sindicatos; de acesso à seguridade social e à saúde pública; de alimentação, vestuário e moradia adequados; de acesso à água potável, à energia elétrica, o transporte e outros serviços sociais; a uma educação pública de qualidade; o direito à cultura e à informação; à participação política e ao acesso à justiça; o reconhecimento do direito de organização, reunião e manifestação; à segurança pública e à convivência pacífica. Inclui também o respeito às minorias e à pluralidade étnica, racial, sexual e cultural, e o respeito aos migrantes. O território das cidades e seu entorno rural também é espaço e lugar de exercício e cumprimento de direitos coletivos como forma de assegurar a distribuição e o desfrute eqüitativo, universal, justo, democrático e sustentável dos recursos, riquezas, serviços, bens e oportunidades que brindam as cidades. Por isso o Direito à Cidade inclui

também o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente sadio, ao desfrute e preservação dos recursos naturais, à participação no planejamento e gestão urbanos e à herança histórica e cultural.

A cidade é um espaço coletivo culturalmente rico e diversificado que pertence a todos os seus habitantes. Para os efeitos da Carta, o conceito de cidade possui duas acepções. Por seu caráter físico, a cidade é toda metrópole, urbe, vila ou povoado que esteja organizado institucionalmente como unidade local de governo de caráter municipal ou metropolitano. Inclui tanto o espaço urbano como o entorno rural ou semi-rural que forma parte de seu território. Como espaço político, a cidade é o conjunto de instituições e atores que intervêm na sua gestão, como as autoridades governamentais, legislativas e judiciárias, as instâncias de participação social institucionalizadas, os movimentos e organizações sociais e a comunidade em geral. Para os efeitos da carta se consideram cidadãos(ãs) todas as pessoas que habitam de forma permanente ou transitória as cidades. As cidades, em corresponsabilidade com as autoridades nacionais, devem adotar todas as medidas necessárias, até o máximo de recursos de que disponha, para alcançar progressivamente, por todos os meios apropriados e com a adoção de medidas legislativas e normativas, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Assim as cidades, mediante o ajuste de seu marco legislativo aos tratados internacionais, devem ditar as disposições legislativas o de outro caráter para tornar efetivos os direitos civis e políticos previstos nessa Carta.

As cidades devem ser um espaço de realização de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, assegurando a dignidade e o bem estar coletivo de todas as pessoas, em condições de igualdade, equidade e justiça, assim como o pleno respeito a produção social do habitat. Todas as pessoas têm direito de encontrar nas cidades as condições necessárias para a sua realização política, econômica, cultural, social e ecológica, assumindo o dever de solidariedade . Todas as pessoas têm direito a participar através de formas diretas e representativas na elaboração, definição, implementação e fiscalização das políticas públicas

e do orçamento municipal das cidades, para fortalecer a transparência, eficácia e autonomia das administrações públicas locais e das organizações populares. Como fim principal, a cidade deve exercer uma função social, garantindo a todos seus habitantes o usufruto pleno dos recursos que a mesma oferece. Isso significa que deve assumir a realização de projetos e investimentos em benefício da comunidade urbana no seu conjunto, dentro de critérios de equidade distributiva, complementaridade econômica, respeito à cultura e sustentabilidade ecológica para garantir o bem estar de todos os habitantes, em harmonia com a natureza, para hoje e para as futuras gerações.

Os espaços e bens públicos e privados da cidade e dos cidadãos(ãs) devem ser utilizados priorizando o interesse social, cultural e ambiental. Todos os cidadãos(ãs) têm direito a participar da propriedade do território urbano dentro de parâmetros democráticos, de justiça social e de condições ambientais sustentáveis. Na formulação e implementação de políticas urbanas deve ser promovido o uso socialmente justo e ambientalmente equilibrado do espaço e do solo urbano, em condições seguras e com equidade entre os gêneros. As cidades devem promulgar legislação adequada e estabelecer mecanismos e sanções destinados a garantir o pleno aproveitamento de solo urbano e de imóveis públicos e privados não edificados, não utilizados, subutilizados ou não ocupados, para o cumprimento da função social da propriedade. Na formulação e implementação das políticas urbanas deve prevalecer o interesse social e cultural coletivo sobre o direito individual de propriedade e sobre os interesses especulativos. As cidades devem inibir a especulação imobiliária mediante a adoção de normas urbanas para uma justa distribuição dos ônus e benefícios gerados pelo processo de urbanização e a adequação de todos os instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano equitativo e sustentável. As rendas extraordinárias (mais-valias) geradas pelo investimento público – atualmente capturadas por empresas imobiliárias e por particulares – devem ser gerenciadas em favor de programas sociais que garantam o

direito à moradia e a uma vida digna aos setores em condições precárias e em situação de risco.

Os direitos enunciados na Carta devem ser garantidos a todas as pessoas que habitem de forma permanente ou transitória as cidades sem nenhuma discriminação. As cidades devem assumir os compromissos adquiridos com respeito à implementação de políticas públicas que garantam a igualdade de oportunidades para as mulheres nas cidades, expressas na Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), e nas Conferências de Meio Ambiente (1992), Beijing (1995) e Habitat II (1996), dentre outras. Para isso, se deve fixar os recursos necessários nos orçamentos governamentais para a efetivação destas políticas e para estabelecer mecanismos e indicadores qualitativos e quantitativos para o monitoramento de seu cumprimento no tempo. Os grupos e pessoas em situação de vulnerabilidade têm direito a medidas especiais de proteção e integração, de distribuição de recursos, de acesso aos serviços essenciais e de não-discriminação. Para os efeitos da Carta se consideram vulneráveis as pessoas e grupos em situação de pobreza, em risco ambiental (ameaçados por desastres naturais), vítimas de violência, com incapacidades, migrantes forçados, refugiados e todo grupo que, segundo a realidade de cada cidade, esteja em situação de desvantagem em relação aos demais habitantes. Nestes grupos, por sua vez, serão objeto prioritário de atenção os idosos, as mulheres, em especial as chefes de família, e as crianças. As cidades, mediante políticas de afirmação positiva dos grupos vulneráveis devem suprimir os obstáculos de ordem política, econômica, social e cultural que limitem a liberdade, equidade e igualdade dos cidadãos(ãs) e que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e sua efetiva participação política, econômica, cultural e social da cidade.

As cidades devem promover que os agentes do setor privado participem em programas sociais e empreendimentos econômicos com a finalidade de desenvolver a solidariedade e a plena igualdade entre os habitantes de acordo com os princípios previstos nesta Carta. Impulso a

economia solidaria e a políticas impositivas e progressivas. As cidades devem promover e valorizar as condições políticas e econômicas necessárias para garantir programas de economia solidária e sistemas impositivos progressivos que assegurem uma justa distribuição dos recursos e fundos necessários para a implementação de políticas sociais. As cidades se comprometem a constituir espaços institucionalizados para a participação ampla, direta, equitativa e democrática dos cidadãos(ãs) no processo de planejamento, elaboração, aprovação, gestão e avaliação de políticas e orçamentos públicos. Deve ser garantido o funcionamento de órgãos colegiados, audiências, conferências, consultas e debates públicos, assim como permitir e reconhecer os processos de iniciativa popular na proposição de projetos de lei e de planos de desenvolvimento urbano. As cidades, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, devem formular e aplicar políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção, que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do império da lei, da devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, transparência e a obrigação de prestar contas. Ao lado disso, cuida apontar que as cidades, para salvaguardar o princípio da transparência, devem organizar a estrutura administrativa de modo que garanta a efetiva responsabilidade de seus governantes frente aos(às) cidadãos(ãs), assim como a responsabilidade da administração municipal perante os demais níveis de governo e os organismos e instâncias regionais e internacionais de direitos humanos.

#### **REFERÊNCIA:**

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

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de

formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 07 ago. 2015..

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Primeira Região.** Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

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

\_\_\_\_\_; FERREIRA, Renata Marques. **Estatuto da Cidade Comentado.** 6 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MUKAI, Toshio. **O Estatuto da Cidade**. 3 ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

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

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

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

#### **NOTAS:**

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

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

Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

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

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

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

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

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

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

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

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

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 24 mar. 2013: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

[16] FIORILLO, 2012, p. 79.

[17] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: . Acesso em 07 ago. 2015.

[18] BRASIL. **Lei N° 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 07 ago. 2015..

[19] FIORILLO, 2012, p. 467.

[20] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 07 ago. 2015..

[21] FIORILLO, 2012, p. 549.

[22] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 07 ago. 2015..

[23] FIORILLO, 2012, p. 549.

[24] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 07 ago. 2015.

[25] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 07 ago. 2015. “**Art. 30**. Compete aos Municípios: [omissis]**VIII** - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

[26] FIORILLO, 2012, p. 550.

[27] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 07 ago. 2015. “**Art. 183**. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

[28] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 07 ago. 2015. “**Art. 191**. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”

[29] FIORILLO, 2012, p. 550.