

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 457

(ano VII)

08/10/2015)

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



08/10/2015 LUIZ CESAR BARBOSA LOPES

» [PRÉ-CANDIDATO? PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA E SUAS CONSEQUÊNCIAS](#)

### ARTIGOS

08/10/2015 WAGNER SARAIVA FERREIRA LEMGRUBER BOECHAT

» [NATUREZA JURÍDICA DAS ÁGUAS MINERAIS](#)

08/10/2015 CAIO SOUZA PITTA LIMA

» [APLICAÇÃO DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS SOB A ÓTICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO](#)

08/10/2015 CLÉVERTON JOSÉ SILVEIRA OLIVEIRA

» [A EDUCAÇÃO NO CAMPO COMO FERRAMENTA DE CONQUISTA DE UMA CIDADANIA PLENA PARA TODOS OS BRASILEIROS](#)

08/10/2015 JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF

» [EQUILÍBRIO, VIRTUDE DO JUIZ](#)

08/10/2015 AMAURY REIS FERNANDES FILHO

» [DISTINÇÕES ENTRE OS CRIMES DE CONTRABANDO E DESCAMINHO, ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 13.008 DE 26.06.2014](#)

08/10/2015 LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE

» [A RESPONSABILIDADE DOS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS NOS CASOS DE FURTO, ROUBO, DANOS OU AVARIAS AOS VEÍCULOS DE CLIENTES OCORRIDOS NAS DEPENDÊNCIAS DE SEUS ESTACIONAMENTOS](#)

## PRÉ-CANDIDATO? PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

**LUIZ CESAR BARBOSA LOPES:** Pós-graduado em Direito Penal, orientador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Unieuro, Sócio do Escritório Sebba & Lopes Advogados Associados, Membro associado do Movimento em Defesa da Advocacia - MDA, especialista em Direito Eleitoral. SEBBA & LOPES ADVOGADOS ASSOCIADOS: SCS, QUADRA 02, BLOCO C-22, ED. SERRA DOURADA, SALA 118. BRASÍLIA/DF.

A pouco mais de 12 meses das eleições municipais de 2016 e não há quem não ouviu falar em pré-candidato a vereador, pré-candidato a prefeito e, com isso, pré-candidato a sofrer as consequências pela infração à legislação eleitoral, haja vista a nitidez da mácula ao art. 36 da Lei nº 9.504/97<sup>[1]</sup>, o qual permite a propaganda somente após o dia 5 de julho do ano eleitoral.

Muitos são aqueles que se valem da esperteza ou até mesmo da ignorância da lei para fins de praticar atos caracterizadores de verdadeira antecipação da propaganda eleitoral, o que acaba por criar desigualdades entre os candidatos, haja vista que favorece o candidato que desrespeita as normas jurídicas, viola as regras de arrecadação e de aplicação dos recursos nas campanhas eleitorais.

Portanto, não é somente o problema da extemporaneidade da propaganda eleitoral que surge no momento da violação da norma disciplinadora do assunto, mas também o fato de que na maioria das vezes a propaganda antecipada acaba por camuflar o abuso do poder econômico ou político.

Importante destacar que muitos confundem a permissão legal constante do parágrafo primeiro do art. 36 da Lei nº 9.504/97<sup>[2]</sup>, o qual permite ao postulante a candidatura a cargo eletivo a realização de propaganda intrapartidária com vista a

indica o de seu nome somente na quinzena anterior   escolha pelo partido.

Assim, muitos daqueles que almejam se candidatar passam a massificar nas ruas e, principalmente, nas redes sociais a inten o de postular uma candidatura a cargo eletivo, conduta essa que macula o processo eleitoral como um todo e afronta o mais basilar dos princípios que norteiam as elei es: PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

Outro meio bastante corriqueiro utilizado pelos aspirantes a candidatura a cargo eletivo   se valer da propaganda partidária para realizar verdadeira propaganda eleitoral, fato este que também pode caracterizar a propaganda eleitoral extemporânea.

Portanto, todo aquele que tem por objetivo postular uma candidatura a cargo eletivo nas elei es de 2016 tem por dever observar o conceito de propaganda política eleitoral definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, o qual assim já decidiu: “...ato de propaganda eleitoral   aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a a o política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário   o mais apto ao exercício da fun o pública...”(Ac. 15.732/MA, DJ de 7.5.99, Rel. Min. Eduardo Alckmin).

A cautela que se exige do postulante a candidatura denota do fato de que a conduta inerente   propaganda eleitoral antecipada pode caracterizar fato mais grave, como o abuso do poder político e econômico, o que sujeita o infrator a san o de inelegibilidade mais a cassa o de registro ou até mesmo a impugna o ao mandato eletivo ou recurso contra a diploma o.

Assim, a san o mais simples que pode sofrer aquele que praticar propaganda eleitoral antecipada   aquela prevista no art. 36,  3  da Lei n  9.504/97, qual seja: multa de R\$ 5.000,00 a R\$ 25.000,00, ou o equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.

Portanto, o mais prudente é que aqueles que vislumbram chegar no período eleitoral sem problemas com a Justiça Eleitoral procurem cercar-se de assessores de imprensa qualificados e de um corpo jurídico conhecedor das normas eleitorais para que possam prevenir e não somente remediar, pois após constatada a infração à norma eleitoral, o caminho é penoso e a menor das sanções vai causar no mínimo uma grande dor no bolso.

NOTAS:

[1] Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição. (Lei nº 9.504/97).

[2] Art. 36. Omissis

§1º Ao postulante a candidatura a cargo eletivo é permitida a realização, na quinzena anterior à escolha pelo partido, de propaganda intrapartidária com vista à indicação de seu nome, vedado o uso de rádio, televisão e outdoor.

## NATUREZA JURÍDICA DAS ÁGUAS MINERAIS

**WAGNER SARAIVA FERREIRA LEMGRUBER BOECHAT:** Advogado, consultor ambiental, professor de Direito na Universidade Vale do Rio Verde e Faculdade de São Lourenço. Graduado em Direito pela Faculdade de São Lourenço, pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de São Lourenço, em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas, Direito Ambiental e Urbanístico pelo Centro Anhanguera de Promoção e Educação Social e mestre em Direito - linha Constitucionalismo e Democracia - pela Faculdade de Direito do Sul de Minas Gerais.

**Resumo:** O presente artigo tem o objetivo de discutir os vários tratamentos das águas minerais no ordenamento pátrio e concomitantemente sua natureza jurídica. Ocorre que tais águas recebem, devido ao sucedâneo de legislações, múltiplos tratamentos, sendo que essa multiplicidade tem acarretado danos irreparáveis à população e podem levar ao esgotamento de tal bem. Para tal análise fez-se um estudo bibliográfico e adotou-se o método hipotético dedutivo. Como resultados verificou-se a adequabilidade dos tratamentos atuais e a necessidade de uma legislação específica.

**Palavra-chave:** Águas Minerais; Natureza Jurídica; Legislação.

**Abstract:** This article aims to discuss the various treatments of mineral waters in parental law and concomitantly its legal nature. It happens that such waters receive, due to substitute legislation, multiple treatments, and this multiplicity has caused irreparable damage to the population and can lead to exhaustion of that right. For this analysis was done a bibliographic study and adopted the hypothetical deductive method. The results verified the adequacy of the current treatments and the necessity of specific legislation.

**Keywords:** Mineral Waters; Legal Nature; Law.

---

### 1. INTRODUÇÃO

No que se refere à água, o Brasil é extremamente rico, tanto em quantidade quanto em qualidade, mas tal riqueza contrasta com uma pobre dinamicidade das ações voltadas a sua gestão e conservação e com uma legislação conflitante e lacunosa.

Tal situação se agrava ainda mais, pois se antes considerava-se a água como bem inesgotável, atualmente, devidos aos câmbios econômicos e ambientais, tal recurso é tido como escasso e limitado. (COSTA et al.)

Embora as águas minerais sejam regidas pela Lei Nº 7.841/45 – Código de Águas Minerais e fiscalizadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral, faz-se ainda necessário que se defina, de modo claro, sua natureza jurídica, pois tal situação continua turva tanto na legislação como na doutrina; quedando-se ainda a dúvida se possui mesmo natureza jurídica mineral ou se é possível conotação jurídica diversa. Tão importante é a sua definição, pois conforme conceituada juridicamente é que será tratada pela legislação e jurisdição brasileiras.

Analisar a natureza jurídica das águas minerais não é tão simples como pode parecer; além do Código das Águas Minerais é necessário observar a Constituição da República Federativa do Brasil de onde origina todas as legislações denominadas infraconstitucionais, mais especificamente a Lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos, o Código de Mineração; a legislação sobre as Políticas do Meio Ambiente, entre outras resoluções e portarias.

O objetivo deste trabalho é de que ao analisar a classificação jurídica das águas minerais se descubra de fato, se a atual classificação da natureza jurídica é adequada para os dias atuais, e em caso de negativa, que seja apontada uma nova natureza jurídica que seja capaz de atender as necessidades humanas e ao mesmo tempo proporcionar garantia de proteção e preservação de tais águas.

## 2. DICOTOMIA ENTRE ÁGUAS MINERAIS E DE MESA

Os recursos hídricos e as águas minerais são, na atualidade, tratados de formas diferentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim as águas minerais; com especificamente pelo Código de Águas Minerais, Decreto – Lei nº 7.841, de 1945; e, subsidiariamente, pelo Código de Mineração, Decreto – Lei nº 227, de 1967; a proteção dos recursos hídricos e o regime jurídico de seu uso estão positivados na Lei nº 9.433, de 1997, que dispõe sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos.

A Constituição da República Federativa do Brasil também menciona os recursos minerais; sendo taxativa ao determinar em seu artigo 20, IX que: *“Artigo 20: São bens da União: [...] IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo.”* (BRASIL, 1988)

Em consonância com o artigo supracitado, o constituinte não deixa dúvidas de que os recursos minerais existentes no território brasileiro são bens exclusivamente da União.

Também no artigo 23, inciso XI, da referida Constituição; incube comumente a União, estados, distrito federal e municípios fazer o registro, acompanhamento e fiscalização das concessões destinadas ao direito de pesquisar e explorar os recursos hídricos e minerais situados em seu território.

É importante observar que este inciso versa especificamente sobre a fiscalização das concessões e não da fiscalização dos recursos hídricos e minerais em si.

Tangente às águas minerais; diversas são suas formas; como em específico a água mineral cujo Código de Águas Minerais criado pelo Decreto-Lei Nº 7.841 de 08 de Agosto de 1945 em seu artigo 1º trata de sua classificação:

Artigo 1º As águas minerais são aquelas provenientes de fontes naturais ou de fontes artificialmente captadas que possuam composição química ou propriedades físicas ou físico-químicas distintas das águas comuns, com características que lhe confirmam uma ação medicamentosa.

Cabe informar que, no artigo 3º do mencionado código, há uma distinção entre águas minerais e águas potáveis de mesa; sendo esta denominada como as águas que possuem composição normal e que são provenientes de fontes naturais ou de fontes cuja captação ocorra de forma artificial, mas que preenchem tão somente às condições de potabilidade para a região; sendo os limites de potabilidade estabelecidos através de portaria pelo Ministério da Agricultura baseado em dados fornecidos pelo Departamento Nacional de Produção Mineral, conforme parágrafo único desse mesmo artigo.

O Código de Águas Minerais ao submeter à água mineral à fiscalização do Departamento Nacional de Produção Mineral já cria possibilidades de a mesma ser classificada como um minério, podendo ser explorada seguindo os requisitos do mencionado código.

A competência da fiscalização dos recursos minerais pelo Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM é reforçada pelo artigo 43 do Código de Mineração que lhe concede direito de outorgar a autorização de concessão de lavra através de portaria assinada pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

Observa-se aqui que de fato, o recurso mineral em si é fiscalizado pela União, através do DNPM por ser de sua competência a administração de tais recursos por força do artigo 1º do Decreto-Lei Nº 227 de 28 de fevereiro de 1967.

### **3. ASPECTOS JURÍDICOS DA ÁGUA**

A água comporta atualmente no ordenamento jurídico pátrio quatro naturezas jurídicas possíveis.

### **3.1. Água mineral como minério.**

Tem-se que a água mineral é tratada como minério, assim como a bauxita e a hematita.

Neste sentido entende Serra (2008) que há existência de inclinação doutrinária que entende a água como uma associação de minerais economicamente úteis e assim podendo ser considerada como minério.

Não obstante, o Código de Mineração criado pela Lei 227 de 28 de Fevereiro de 1967 no caput do artigo 14; demonstra que a execução de trabalhos necessários para definição de jazidas, a sua avaliação e determinação de exeqüibilidade e do seu aproveitamento econômico possa ser compreendido como pesquisa mineral; o que porventura é compreendida no parágrafo 1º do mesmo artigo como diversos trabalhos de campos a fim de obter especificações de mercado ou aproveitamento industrial.

Assim sendo; percebe-se o interesse econômico da exploração das águas minerais e surge a idéia dos riscos que isso pode acarretar na sociedade capitalista; que visa à obtenção incessante de lucros.

Nessa linha, Cardoso (2009) faz a afirmação de que tal regulação da água mineral como sendo minério, dificulta a necessária fiscalização e dá margens para uma exploração de forma excessiva, o que pode ocasionar diversas consequências para humanidade.

É importante frisar que a realização da pesquisa mineral está sujeita ao licenciamento ambiental; inclusive com a avaliação do impacto ambiental conforme previsão no artigo 1º e parágrafo 1º da Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente nº 009, de 06 de dezembro de 1990.

Nesse sentido entende Antunes (2012) que o licenciamento ambiental da atividade mineraria é, prioritariamente, realizado pelos órgãos estaduais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente. O IBAMA somente tem atuação supletiva, isto é, caso o órgão estadual deixe de realizar sua tarefa.

Afirma ainda, que o estudo de impacto ambiental deverá ser apresentado ao órgão fiscalizador juntamente com o requerimento de concessão da licença prévia. Na fase posterior do processo de licenciamento, isto é, quando do requerimento da licença de instalação, o empreendedor deverá apresentar o plano de controle ambiental, o qual deverá conter os projetos executivos de minimização dos impactos ambientais analisados quando do requerimento de concessão da licença prévia.

De acordo com os termos do parágrafo 2º do artigo 5º da Resolução nº 009/90 do CONAMA a licença será concedida após a aprovação pelo órgão competente, do Plano de Controle Ambiental.

No entanto é necessário observar que o Código de Minas não faz nenhuma menção da necessidade de se ter licenciamento ambiental para obter autorização de pesquisa, pois se trata de um código antigo; que é anterior à legislação ambiental, evidencia-se, entretanto que na ausência da norma no Código de Minas, a matéria deve ser examinada nos demais dispositivos legais referentes às atividades minerarias. Assim sendo, remete-se aos artigos 16, 17 e 18 da Lei 7.805/89 que diz respeito aos elementos básicos da exigência de licenciamento para pesquisa ambiental de atividades sobre pesquisa mineraria (ANTUNES, 2012).

Portanto afirma (ANTUNES, 2012) a evidência de ilegalidade na exigência de licenciamento ambiental para as atividades de pesquisa mineral, pois nos termos da legislação vigente, a pesquisa mineral só depende do licenciamento exclusivamente minerário.

A exploração da água mineral está sobre o controle do Departamento Nacional de Produção Mineral, autarquia federal criada pela Lei 8.876/94, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, tendo como finalidade o planejamento e o fomento da exploração mineral e do aproveitamento dos recursos minerais, além de controlar e fiscalizar o exercício das atividades minerais em todo território brasileiro. (CARDOSO, 2009).

Assim sendo a mesma é explorada como minério, o que pode levar à sua redução com risco de extinção; exemplificando tal afirmação no acontecimento na cidade de São Lourenço Sul de Minas Gerais. Onde no ano de 1992 a empresa Nestlé tornou-se dona da concessão e detentora das águas de São Lourenço; e passados quatro anos, uma das fontes de águas minerais do município denominada “Andrade Figueira” se encontrava praticamente seca, reconhecendo a empresa Nestlé, a dificuldade de vazão de tal fonte. Diversas práticas da citada empresa, dentre elas, em 1996, a perfuração sem autorização do DNPM, de um poço de 158 metros onde se encontrou água carbogásosa e com alto teor de gás, além da requisição de deferrinização da água no poço denominado “Primavera” que foi requerido ao DNPM em 1997 e que só em 2001 foi informado ao Ministério Público de São Lourenço que não havia autorização para deferrinização; tal ocorrência resultou no mesmo ano numa ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Lourenço contra a Nestlé; resultando, em Março de 2006 foi assinado um acordo entre o Ministério Público da Comarca de São Lourenço e a Nestlé, pondo fim à exploração do Poço Primavera (CARDOSO, 2009).

Tal acontecimento demonstra unicamente um interesse econômico por parte da empresa exploradora, a tardia e falha execução da fiscalização do DNPM, além da demorada e dificultosa aplicação da lei pela justiça brasileira.

Esse interesse, segundo Caetano (2005) pode se deve ao ambiente político no qual o caráter minerário das águas minerais foi estabelecido, pois o atual código de águas é fruto dos ânimos expansionistas de regimes

autoritários que viam as águas minerais como meio de propiciar um crescimento econômico que justificaria os próprios regimes, motivo esse pelo qual houve a concentração de sua gestão no âmbito da União. Caráter esse que atualmente contrasta com as visões da água mineral como recurso hídrico e recurso ambiental, uma vez que estas são de cunho participativo e descentralizadas.

Neste sentido afirma CARDOSO (2009) que a crescente demanda por requerimentos de pesquisa e concessões de lavra de água mineral preocupa o DNPM, que já chegou a ter uma média de tramitação de mais de cinco mil processos (pedidos). Aí incluídos desde requerimentos de pesquisa até concessões de lavras de água mineral, enquanto o órgão dispõe de pouco mais de duas centenas de técnicos em todo o país para exercer a fiscalização.

Evidencia-se o risco de extinção pelo simples fato de ser ter a água mineral classificada juridicamente como minério e estando inserida em tal legislação. (CARDOSO, Portanto, diante o exposto, conclui-se que há iminente risco da diminuição ou extinção da água mineral devido a sua classificação como minério.

O aparelhamento com o minério ainda traz consigo o risco de essas águas serem utilizadas como instrumento de manipulação comercial, uma vez que, segundo Caetano, cada vez mais são consideradas *comodity*, se sujeitando assim aos dessabores das bolças e mercados internacionais o que é, talvez, conflitando com o seu enquadramento ambiental por esse estar intimamente ligado à sadia qualidade de vida (THOMÉ, 2015)

### **3.2. Água mineral como recurso ambiental**

Considerando os artigos 2º e seus incisos, e o artigo 3º, inciso V, da Lei Nº 6.938/8; observa-se que a água mineral; é também acolhida no ordenamento jurídico como um recurso ambiental, que deve ser protegido, melhorado, e recuperado, sendo sua qualidade ambiental

propicia à vida, cujo objetivo visa a garantir no país desde as condições socioeconômicas, segurança nacional até a dignidade da vida humana.

Assim, vale ressaltar que a Lei de Nº 6.938 de 31 de agosto de 1981 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente menciona em seu artigo 3º inciso V que se entende por recursos ambientais a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Defende Serra (2008), ainda que o uso da água subterrânea como água mineral deve ser contemplado na multiplicidade de uso de uma bacia hidrográfica, o que por analogia compreenderia as águas minerais como águas subterrâneas mencionado no artigo citado acima.

Poder-se-ia com isso considerar a água como recurso ambiental.

Portanto, embora seja válido ressaltar a importância de ser ter as águas minerais expressas na Lei 6.938/81, uma vez que isso lhe garante maior proteção e elimina a possibilidade de obscuridade na sua aplicação, ainda assim é insuficiente a mera classificação da água mineral como sendo um recurso ambiental, uma vez que sua exploração atualmente se dá unicamente como recurso mineral.

### **3.3. Água mineral como produto com ação medicamentosa**

No que tange a ação medicamentosa o Código de Águas Minerais em seu artigo 1º; parágrafo primeiro especificou nos capítulos VII e VIII a composição e propriedades necessárias para comprovação da ação medicamentosa; porém com base no mesmo artigo, parágrafo 2º, abrem-se precedentes para que outras águas minerais cujas especificações não estejam inseridas nos capítulos mencionados, também possam ser consideradas como medicamentosas, devendo as mesmas serem submetidas a Comissão Permanente de Crenologia que está subordinada ao Ministério da Agricultura; conforme o artigo 2º do mencionado código.

Recentemente, através da Portaria Nº 590 de 18 de dezembro de 2014 do Departamento Nacional de Produção Mineral, foi estabelecido limites mínimos dos elementos dignos de nota para a classificação das águas minerais; sendo eles: Fluoretada - quando contiver no mínimo 0,02 mg/L de fluoreto; b - Vanádica - quando contiver no mínimo 0,03 mg/L de vanádio; c - Litinada - quando contiver no mínimo 0,01 mg/L de lítio; d - Seleniada - quando contiver no mínimo 0,006 mg/L de selênio.

É importante mencionar que o Ministério da Saúde por meio da Portaria de 971 de 03 de maio de 2006 aprovou a crenoterapia como sendo uma Prática Integrativa Complementar no Sistema Único de Saúde

Em sentido oposto, o Código de Águas Minerais editado em 1945, que na época, as águas minerais eram utilizadas como medicamentos, tanto as que eram engarrafadas como as que eram utilizadas nos balneários; e que por motivos históricos atualmente se desvinculou em grande parte de ser usada como medicamento, relacionando-se apenas como um produto puro e saudável. Ainda pelo qual os rótulos das águas minerais engarrafadas ressaltam a sua pureza sem relação de caráter medicamentoso ou terapêutico. (SERRA, 2008).

Observa-se também que por força da Portaria 971 de 03 de maio de 2006 a água mineral está inserida no Sistema Único de Saúde como forma de tratamento através das Práticas Integrativas Complementares. Sendo que essa portaria estabelece que é responsabilidade do Gestor Federal, Estadual e Municipal definir recursos orçamentários e financeiros para implementação desta política.

Conforme já mencionando neste artigo, o próprio Código de Águas Minerais em seu artigo 1º; as águas minerais possuem características que conferem ação medicamentosa.

Neste sentido e de forma clara, o Ministério da Saúde por meio da Política de Prática Integrativa Complementar considera a água mineral como sendo própria para uso como medicamento e tratamento

terapêutico, o que evidencia a necessidade de sua proteção e a distancia da mera classificação como minério, mas não lhe confere a proteção adequada buscada neste artigo.

Além disso a analogia a medicamento, quando confrontada com os parâmetros minerários, burocratiza a exploração e comercialização, pois estabelece sistemáticas e exigências diferentes, e por vezes conflitantes (CAETANO 2005); situação essa que também pode ser encontrada e agravadas quando se compara as exigências ambientais envolvidas no caso.

Entende-se ainda que as propriedades presentes na água mineral são benéfica quando bebida diretamente da fonte, sendo que a água envasada tem tais propriedades diminuídas (QUEIROZ, 2013, p.100), o que poderia, caso o caráter medicamentoso fosse adotado, desnaturar o produto.

### **3.4. Água mineral como recurso hídrico.**

Os recursos hídricos, regulamentados pela Lei nº 9.443 de 08 de janeiro de 1997 que institui a Política Nacional dos Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e que regulamenta o inciso XIX do artigo 21 da Constituição Federal, que versa também sobre a definição de critérios para concessão de outorgas e direitos de uso dos recursos hídricos.

Tendo a Agência Nacional de Água (ANA), como entidade federal, responsável pela implementação da PNRH e integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, criada pela Lei 9.984 de 17 de julho de 2000.

É importante ressaltar que tal lei não regula sobre águas minerais, ficando as mesmas sobre regulação do DNPM como já citado anteriormente. Porém há entendimento de que a exploração da água mineral deve estar submetida também às decisões da Agência Nacional de

Águas de acordo com sua esfera de competência, por estar submetida ao Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SERRA, 2008, p.233).

No entanto com base em diversos fundamentos previstos nos incisos do artigo 1º na Política Nacional dos Recursos Hídricos, especificamente vale mencionar o inciso V que conceitua bacia hidrográfica como unidade territorial para implementação da Política Nacional dos Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, é possível incluir as águas minerais como recursos hídricos.

Neste sentido, afirma Serra (2008 p.234) que o uso da água subterrânea como água mineral deve ser contemplado na multiplicidade de uso de uma bacia hidrográfica, bem como ser considerado no estabelecimento dos usos prioritários nos Planos de Recursos Hídricos.

Afirma Cardoso (2009, p.71) que o ciclo hidrológico se divide em cinco etapas: condensação, precipitação, infiltração, escoamento e evapotranspiração. Neste processo, devem ser consideradas não somente as águas superficiais, como também as subterrâneas.

Não há como relevar a gestão das águas subterrâneas, que compreende as águas minerais, para outra esfera à parte da Política Nacional dos Recursos Hídricos. Como águas interconectadas às águas superficiais, as águas subterrâneas inserem-se, sem dúvida, naquela política institucionalizada pela Lei 9.433/97.

Desse modo a Lei 9.433/97 não mencione o termo águas minerais, e não obter suas questões ventiladas na lei (CARDOSO, 2009), os autores supracitados, demonstram entender que não há como deixar de inserir tais águas minerais na Política Nacional dos Recursos hídricos; por serem águas subterrâneas inseridas na unidade territorial brasileira conforme conceituada em seu artigo 1º inciso V.

No que tange à outorga; será feita por ato da autoridade competente dos Poderes Executivos das esferas Federal, Estadual ou do Distrito Federal, podendo ainda, o Poder Executivo Federal delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para conceder outorga de direito de uso de recurso hídrico de domínio público da união; com fundamentos no artigo 1º e parágrafo 1º da Lei 9.433/1997.

Assim, é importante observar que mesmo sem ser mencionada diretamente nesta lei, poderá a água mineral ser considerada um Recurso Hídrico, e obter toda a proteção e preservação previstos no artigo 2º e seus incisos da Lei da Política Nacional de tais recursos.

Consonante ao entendimento da água como recurso hídrico afirma-se que no processo do ciclo hidrológico devem ser consideradas além das águas superficiais as águas subterrâneas que compreende as águas minerais e que devem ser inseridas na política institucionalizada pela Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos. (CARDOSO, 2009, p.71).

No entanto a Lei 9.433/97 em seu artigo 1º inciso IV atribui o que a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplos das águas, entende-se então que se a água mineral estiver inserida apenas como um recurso hídrico e que embora seja protegido e preservado poderá ter finalidades diversas como, por exemplo, para atender as necessidades diárias do ser humano, como lavar roupa, tomar banho, ser usado em plantação e etc; o que é incompatível com suas naturezas medicamentosas e de recurso mineral.

O enquadramento da água mineral como recurso hídrico gera ainda choque de competência com a União, pois as a competência estadual de regulamentar as águas subterrâneas é conflitante com a legislação minerária anteriormente esclarecida; o que traz choque práticos, como bem demonstra Caetano (2005, p. 277 e 278):

A Constituição Federal de 1988, ao passar aos Estados a gestão da água superficial, em parte, e

subterrânea, no todo, possibilita, através de competência comum, aos Estados registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões e gera, involuntariamente, um conflito entre a gestão da água mineral (considerada um recurso mineral) e da água subterrânea (considerada um recurso hídrico). Esse conflito, na verdade, é verificado em cada um dos setores que correspondem às várias possibilidades de aproveitamento da água. Quando a água mineral é considerada um recurso mineral, se forem discutidos os princípios da legislação minerária, constatar-se-á que diversas normas não são apropriadas para a indústria de envase de água mineral, tais como: a dispensa de autorização municipal; a necessidade de apresentação de planos e projetos baseados nas Normas regulamentares para a mineração; a necessidade de um engenheiro de minas como responsável técnico pela indústria. Os conflitos gerados nessa situação estão ligados a entidades como: Prefeitura Municipal que, por força da Constituição Federal de 1988, é responsável pelo zoneamento municipal; Corpo de Bombeiros e Ministério do Trabalho e Emprego que já são responsáveis pela verificação e acompanhamento das normas de segurança e proteção do trabalhador e os Conselhos Federais e Regionais de engenharia e de química, que possuem atribuições específicas para seu corpo de profissionais registrados, cuja atribuição de responsabilidade técnica de uma indústria de água mineral, não cabe ao engenheiro de minas.

Juntando-se a isso Molinas e Vieira (2015) alertam que a passagem de titularidade das águas subterrâneas aos estados federados não se refletiu em um correto tratamento infraconstitucional do assunto, pois por um lado a União continua a legislar e cumprir normas que não se

adequam ao novo sistema e por outro os estados são omissos em legislar sobre o assunto.

Tais questão, juntamente com o desconhecimento da lei tem gerado um sistemático descumprimento. Reverter esse quadro, talvez através de uma política própria é fundamental para que se assegure o bem estar comum embasado em um acesso geral que garanta a água como direito fundamental do ser humano (BARROS e BARROS, 2009).

Por outro lado, no que pesem as dificuldades acima destacadas, a consideração da água mineral como recurso hídrico (e ambiental) insere importante fator na sistemática estudada, pois força a colaboração de diversos atores sociais e introduz os princípios de sustentabilidade em sua gestão, além de resultar em um planejamento regional e contemplar a visão de todo o ciclo hídrico (PEIXINHO, 2010)

#### **4. CONCLUSÃO**

As possibilidade atuais de enquadramento variam desde uma contextualização que não atende as necessidades de conservação e correto uso até situações potencialmente danosa às águas minerais.

Assim o que se defende é a criação de uma legislação específica que trate a água mineral como sendo um *recurso hídrico especial* e que se crie ainda, uma política e um sistema nacional de gerenciamento próprio, desvinculando-se assim do Departamento Nacional de Mineração. Uma legislação que considere as características minerais como sendo de uso terapêuticos complementar, exclusivamente utilizada por meio da crenoterapia e termalismo em consonância com o Ministério da Saúde; que limite seu uso no sentido de que não deva ser considerada como sendo de usos múltiplos, evitando assim seu uso nas atividades diárias do cidadão e que atenda às peculiaridades culturais das águas minerais.

Entende-se que a criação de tal política e sua correta gestão são fundamentais para que se estabeleça no Brasil, para as águas minerais, um

desenvolvimento sustentável para o bem geral de sua população em um contexto globalizado.

Há ainda a necessidade de se agir imediatamente, como forma preventiva de assegurar que as águas minerais não sejam um dia, apenas parte da história, registrada apenas por fotos, filmagens e relatos de histórias.

### REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental** – 14. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

BARROS, Airton Bodstein de. BARROS, Angela Maria Abreu de. **A difícil aplicabilidade da política de águas no brasil**. Revista Científica Internacional. Ano 2 - N<sup>o</sup> 07 Maio/Junho – 2009

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: . Acesso em 02 de abril de 2015.

BRASIL. **Decreto-lei Nº 227, de 28 de fevereiro DE 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0227.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm)>. Acesso em 02 de abril de 2015.

BRASIL. **Decreto-lei Nº 7.841 de 8 de agosto de 1945**. Código de Águas Minerais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7841.htm)>. Acesso em 06 de abril de 2015.

BRASIL. **Lei Nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em 06 de abril de 2015.

BRASIL. **Lei Nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Política Nacional dos Recursos Hídricos. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9433.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm)>. Acesso em 12 de abril de 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000.** Criação da Agência Nacional de Água. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9984.htm)>. Acesso em 12 de abril de 2015.

BRASIL. **Portaria 971 de 03 de Maio de 2006.** do Ministério da Saúde. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0971\\_03\\_05\\_2006.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0971_03_05_2006.html)>. Acesso em 02 de maio de 2015.

BRASIL. **Portaria Nº 590 de 18 de dezembro de 2014.** do Departamento Nacional de Produção Mineral. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-no-542-em-18-12-2014-do-diretor-geral-do-dnpm>>. Acesso em 02 de maio de 2015.

CAETANO, Lucio Carramillo. **A política da água mineral: uma proposta de Integração Para o Estado do Rio de Janeiro.** Campinas, SP : [s.n.], 2005. Disponível em <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000349637&fd=y>>. Acessado em 20 de agosto de 2015, às 15:19 horas.

CARDOSO, Guimarães Bergson. **Direitos Coletivos Ambientais e a exploração (in) sustentável das águas minerais**– Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

COSTA, Margarida Regueira da. et al. **A proteção das águas: recurso natural limitado.** XVI Congresso Brasileiro de Águas Subterrâneas e XVII Encontro Nacional de Perfuradores de Poços. Disponível em <[http://www.cprm.gov.br/publique/media/evento\\_PAP003042.pdf](http://www.cprm.gov.br/publique/media/evento_PAP003042.pdf)>. Acessado em 20 de agosto de 2015, às 15:19 horas.

MOLINAS, Pedro A.. VIEIRA, Vicente P. P. V.. **Marco legal e institucional das águas subterrâneas no Brasil - breve contribuição ao aprimoramento do sistema jurídico-institucional.** Disponível em <[http://www.academia.edu/2476310/Marco\\_Legal\\_e\\_Institucional\\_das\\_%C3%81guas\\_Subterr%C3%A2neas\\_no\\_Brasil\\_-\\_Breve\\_Contribui%C3%A7%C3%A3o\\_ao\\_Aprimoramento\\_do\\_Sistema\\_Jur%C3%ADdico-Administrativo](http://www.academia.edu/2476310/Marco_Legal_e_Institucional_das_%C3%81guas_Subterr%C3%A2neas_no_Brasil_-_Breve_Contribui%C3%A7%C3%A3o_ao_Aprimoramento_do_Sistema_Jur%C3%ADdico-Administrativo)>. Acessado em 20 de agosto de 2015, às 15:19 horas.

PEIXINHO, Frederico Cláudio. **Gestão sustentável dos recursos hídricos.** XVI Congresso Brasileiro de Águas Subterrâneas e XVII Encontro Nacional de Perfuradores de Poços. Águas subterrâneas, São Paulo, Brasil. 2010.

QUEIROZ, Josiane; **Envase de água: mercantilizando a sede.** Prefácio de Léo Heller. Apresentação de ZHOURI, Andréa. Posfácio de MORAES, Luiz Roberto Santos. – São Paulo: Annablume; Belo Horizonte: fapemig, 2013. 324 p.; Il. 14x21cm.

SERRA, Silva Helena. **Águas Minerais do Brasil: uma nova perspectiva jurídica.** Campinas, SP: Millennium, 2008. 272p.

THOMÉ, R. **Manual de Direito Ambiental.** Salvador: Juspodivm. 2015.

## APLICAÇÃO DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS SOB A ÓTICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

**CAIO SOUZA PITTA LIMA:** Oficial de Justiça Avaliador, Pós - graduado lato sensu em Direito Notarial e Registral, professor e palestrante.

**RESUMO:** A Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe-nos uma quantidade enorme de normas programáticas e princípios, bem como atribuiu às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicação imediata. Nesse contexto, analisaremos a influência dos princípios constitucionais, como base na nova visão ideológica do direito constitucional, conceituada pelos doutrinadores como sendo o neoconstitucionalismo, o qual atribui força normativa máxima aos princípios e normas constitucionais, sobre a Lei 6.015/73, especialmente no que se refere ao registro das pessoas naturais e em questões constitucionalizadas, tais como: adoção e casamento.

**Palavras-chave:** Força Normativa da Constituição. Registro Civil das Pessoas Naturais. Neoconstitucionalismo.

---

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho intenta tecer considerações acerca do fenômeno jurídico-constitucional denominado pelos doutrinadores de neoconstitucionalismo, bem como abordar as modificações hermenêuticas realizadas na Lei 6.015/73, especialmente no que se refere ao Registro Civil das Pessoas Naturais e nos temas constitucionalizados, tais como: adoção e casamento, sem modificação textual, apenas com base nos princípios constitucionais, especialmente os da proporcionalidade, razoabilidade e o sobreprincípio da Segurança Jurídica.

O Direito Contemporâneo rompeu as barreiras do positivismo, no que se refere à aplicação cega da lei, pois os princípios constitucionais estão sendo erigidos cada vez mais ao topo do sistema hierárquico-jurídico. Tal fenômeno é chamado de neoconstitucionalismo, e essa máxima eficácia normativa dos princípios constitucionais é uma das balizas que garantem a plena força normativa da Constituição Federal de 1988. Em outras palavras, não apenas a rigidez da norma constitucional garante a sua aplicação e obediência pelos ordenamentos infraconstitucionais, bem assim a normatividade dos princípios.

Haja vista que a Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73) foi promulgada em 1973, portanto antes da vigência da Constituição Federal de 1988, muitos dos seus mandamentos tem por base a ordem jurídica anterior e, por isso, a sua aplicação deve ser compatibilizada com a novel Constituição, suas normas e princípios. Assim, para realizar esse intento, o aplicador do direito, deve-se atentar para a carga normativa dos princípios constitucionais, visando garantir, por exemplo, a intervenção mínima do Estado nas questões referentes ao direito de família, a proteção da criança e do adolescente e a proteção do direito ao sigilo das informações pessoais.

## 2 NEOCONSTITUCIONALISMO

### 2.1 Considerações

Falar sobre os diferentes aspectos teóricos do neoconstitucionalismo entre os pensadores estrangeiros e os brasileiros e ressaltar qual será adotado no presente trabalho, porque é considerado predominante na doutrina brasileira.

## 2.2 Surgimento e aspectos gerais do neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo é considerado um fenômeno recente no direito constitucional moderno. Para Eduardo Moreira Ribeiro (2008, p. 92-93), pode ser entendido, enquanto teoria do direito capaz de revisar a teoria da norma, da interpretação e das fontes, “suplantando o positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas e práticas nos diversos campos jurídicos integrá-las sob uma base útil e transformadora”.

É imperioso delimitar o sentido jurídico do termo “constitucionalização” do direito neste trabalho, porque ele pode comportar várias semânticas. A ideia que será utilizada está “associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2007, p. 16).

O neoconstitucionalismo surgiu entre os teóricos da Europa continental, sobretudo os italianos, espanhóis e alemães, depois da Segunda Guerra Mundial, quando houve a concretização da constitucionalização do direito. Foi absorvido pelos brasileiros há cerca de duas décadas, sendo um dos principais centros de dialéticas doutrinárias e jurisprudenciais atualmente.

Os pensadores estrangeiros proeminentes em cujas teorias podemos encontrar aspectos do neoconstitucionalismo são Ronald Dworkin, Peter Häberle, Robert Alexy, Luis Prieto Sanchís, Carlos Nino, entre outros. No Brasil, podemos citar Luís Roberto Barroso, Eduardo Ribeiro Moreira, Daniel Sarmento, Cláudio Pereira Souza Neto, Paulo Ricardo Schier, Écio Oto Ramos Duarte. Esses pensadores nacionais citados defendem direta ou indiretamente tal fenômeno.

O direito constitucional hodierno se encontra permeado pela atmosfera teórica, metodológica e ideológica do neoconstitucionalismo, cujas características são marcadamente: atribuição de força normativa à Constituição e de normatividade aos princípios, criação de novos métodos de hermenêutica constitucional, a constitucionalização do direito, a superação do positivismo clássico, o sincretismo entre direito e moral, a dignidade da pessoa humana considerada núcleo axiológico dos direitos fundamentais.

O eminente doutrinador Walber de Moura Agra (2009, p. 38), citando Suzanna Pozzolo (2006, p. 79), apresenta os principais traços caracterizadores do neoconstitucionalismo, a seguir:

[...] a) adoção de uma noção específica de Constituição que foi denominada ‘modelo prescritivo como norma’; b) defesa da tese segundo a qual o direito é composto (também) de princípios; c) adoção de uma técnica interpretativa denominada ‘ponderação’ ou ‘balanceamento’; d) consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito.

Pode-se dizer também que o neoconstitucionalismo possui, entre outros, quatro fundamentos, sendo eles: “o normativo (‘da regra ao princípio’); o metodológico (‘da subsunção à ponderação’); o axiológico (‘da justiça geral à justiça particular’) e o organizacional (‘do Poder Legislativo ao Poder Judiciário’)” (ÁVILA, 2009, p. 2).

Traça-se o perfil desse novo cenário do direito constitucional, em suma, nos termos do posicionamento de Luis Prieto Sanchís (2003, p. 101), inspirado em Robert Alexy (2004, p. 160), ao explicar que existem “mais princípios que regras, mais

ponderação que subsunção, mais Constituição que lei, mais juiz que legislador”.

Em apartada síntese, de acordo com Ávila (2009, p. 3), os aspectos gerais do neoconstitucionalismo podem ser identificados a partir das mudanças propostas por esse fenômeno constitucionalista, começando pelo surgimento das constituições do segundo pós-guerra. Essas cartas magnas possuem mais princípios que regras, como a brasileira que traça seus princípios logo no Título I “Dos Princípios Fundamentais da República”. Começa a existir, nesse diapasão, uma positivação dos princípios.

Contudo, essa predominância dos princípios nas constituições demandou mudanças no plano da hermenêutica, pois a aplicação deles é feita por meio da técnica da ponderação e não da subsunção. Aquela exige uma análise do caso concreto, diversamente desta que requer uma análise abstrata. Nesse sentido, aparece a atuação do Judiciário, que faz a atividade da ponderação, surgindo, então, o ativismo judicial, no sentido que haveria uma participação maior do Judiciário, a despeito do Executivo e Legislativo. Assim, a aplicação do direito centrada na Constituição e não na lei decorreu desses dois aspectos, da positivação e da importância dos princípios, bem como do ativismo judicial. (ÁVILA, 2009, p. 5).

É imprescindível esclarecer que, quanto ao surgimento e à evolução do neoconstitucionalismo, este trabalho adotará a sistemática criada por um dos maiores teóricos brasileiros do direito constitucional, Luís Roberto Barroso (2007, p. 3), para desenvolver o tema em tela, conforme se extrai abaixo. No entendimento desse constitucionalista, existem três marcos principais na trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, quais sejam: o histórico, o teórico e o filosófico.

Os próximos tópicos explanarão sobre os dois principais (a nosso ver) marcos do neoconstitucionalismo, quais sejam o histórico e o teórico, bem como abordarão suas principais características, seus defensores brasileiros e estrangeiros e seus sortidos significados e concepções.

### **2.2.1 Marco Histórico**

O neoconstitucionalismo foi um fenômeno que começou na Europa ocidental e veio para o Brasil posteriormente, como já aludido algures. Nesse sentido, este trabalho seguirá uma ordem cronológica para melhor abordagem do conteúdo do presente tópico.

Preliminarmente, é preciso introduzir que se considera como marco histórico na Europa ocidental, o constitucionalismo ocorrido após a Segunda Guerra Mundial. Luís Roberto Barroso (2007, p. 3) assevera que “no Brasil, foi a Constituição de 1998 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar”.

Os Estados totalitários europeus - os quais impuseram o nazismo e o fascismo como regime político - cometeram vultosas atrocidades contra os direitos humanos, de uma maneira que nunca se viu na história da humanidade. A maior lembrança que nunca será esquecida é a da atuação de Hitler que massacrou e dizimou vários grupos minoritários, principalmente os judeus, homossexuais, comunistas, negros e ciganos, em um número que não se chegou ao certo até o presente momento, estimando-se que Hitler tenha sido responsável por quarenta milhões de mortes, aproximadamente.

Contudo, a maioria dessas desumanidades não eram ilegais nem inconstitucionais, porque quase todas eram legitimadas por normas jurídicas. Ressalve-se que, naquela época, a validade da lei dependia tão apenas da emanção delas pelo Legislativo, e

o conteúdo normativo não influenciava nessa validade. Ademais, as Constituições serviam somente de programas políticos inspiradores da atuação legiferante, mas não podiam ser invocadas para a defesa de direitos perante o Judiciário.

Para ilustrar a legitimidade das ações de Hitler contra o povo alemão e os estrangeiros, Rodrigo Padilha (2011, p. 98) alerta que:

[...] através de Decreto expedido em 7/4/1933 os Judeus foram afastados do funcionalismo público, do exército e das universidades; através da Lei publicada em 14/7/1933 foram retirados os direitos de cidadão dos Judeus imigrantes no Leste Europeu; a chamada 'Lei da Cidadania' dos judeus e alemães a cidadania alemã; a 'Lei da Proteção da Honra e Sangue Alemão' proibia os casamentos dos Judeus com os não Judeus, proibia o emprego de Judeus na Alemanha e proibia os Judeus de exibirem a bandeira alemã, entre outras medidas. Por fim, através do Decreto assinado pelo então presidente Paul Von Heindenburg, foram suspensas sete seções da Constituição de 1919 da República de Weimar que garantiam liberdades individuais e civis ao povo.

O jurista alemão, Gustav Radbruch (apud, CUNHA, 1974, p. 415), afastado da cátedra pelo nazismo, escreveu uma circular para alunos da Universidade de Heidelberg alertando ao final da Segunda Grande Guerra, relatando sobre o cumprimento cego da lei naquele período.

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa à prática dum crime, o jurista desde que há cerca de cem anos desapareceram os jusnaturalistas, não concebe exceções desse gênero à validade das leis nem preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. (...) Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos de positivismo.

Assim, em reação a esse Estado de direito em sua versão legalista, iniciou um período de reconstitucionalização europeia, logo após a Segunda Guerra Mundial, redefinindo, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2007, p. 3) “o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas”.

Um novel cenário no ordenamento jurídico emerge, com a nova maneira de tratar o direito constitucional e as constituições que foram surgindo, refletindo outra forma de organização política, isto é, o Estado democrático de direito ou Estado constitucional de direito ou ainda Estado democrático constitucional. Nesse novo Estado, a constituição não é somente um conjunto de normas programáticas, ela se torna dirigente e impõe proibições e obrigações visando à efetivação dos direitos sociais e de liberdade.

O Estado constitucional está em contradição com esta inércia mental dos juristas práticos (principalmente os juízes) da manutenção de um positivismo acrítico. Para Gustavo Zagrebelsky (2005, p. 114), no Estado constitucional, “a lei, pela primeira vez na época moderna, vem submetida a uma relação de adequação e, portanto, de subordinação, a um nível mais alto de direito estabelecido pela Constituição.” O Estado constitucional atual

representa uma profunda transformação que inclusive afeta a concepção de Direito.

Houve uma queda do modelo Estado de Direito, pois que a necessidade de limitação dos poderes estatais era patente. Nesse diapasão, as constituições do novo modelo de Estado, o constitucional de direito, tornavam-se técnicas de limitação desses poderes e fundamentalmente de garantia de direitos fundamentais, imprescindíveis para instrumentalizar a justiça e a paz social.

Para Luís Roberto Barroso (2007, p. 3), “a principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951”. Já a “segunda grande referência de destaque” foi a “Constituição da Itália de 1947, e a subseqüente instalação da Corte Constitucional, em 1956”. (BARROSO, 2007, p. 3). A reconstitucionalização de Portugal em 1976 e a da Espanha em 1978 também são consideradas marcos desse novo momento constitucional.

O Estado brasileiro, semelhantemente ao europeu, também vivenciou anos de governos autoritários, após o Golpe de Estado de 1964. Havia imposição de forte regime de exceção, com restrição de direitos fundamentais, como o direito à liberdade individual, à liberdade de imprensa, até o direito à vida e à integridade física. A nação foi vítima do autoritarismo militar de 1964 a 1985.

Vários direitos básicos foram suspensos durante o regime ditatorial brasileiro. Raymundo Campos (1991, p. 25) perfilha algumas restrições feitas pelos militares, com o amparo do primeiro Ato Institucional, espécie de decreto utilizado pelo regime militar.

Baseando-se no primeiro Ato Institucional e noutros que viriam depois, o presidente, até 1967, realizou 3 535 atos punitivos. Várias associações da sociedade civil, como as entidades estudantis (UNE, UEEs), foram fechadas. Visando a manter o arrocho salarial da classe trabalhadora, parte essencial da política econômica, foram proibidas as greves e realizadas intervenções em 425 sindicatos.

O Ato Institucional número cinco de 13 de dezembro de 1968, o último entre todos, foi o mais restritivo, pois determinou o fechamento do Congresso Nacional, suspendeu garantias constitucionais e conferiu poder ao Executivo para legislar sobre todos os assuntos. Além disso, esse ato gozava de hierarquia constitucional.

O AI-5 previa a subordinação do Judiciário ao Executivo, porque o art. 11 excluía da apreciação daquele poder os atos praticados pelo Executivo de acordo com o AI-5 e seus Atos Complementares. A garantia do habeas corpus seria suspensa, consoante previa o art. 10, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Além de legais, as atuações do governo militar passaram a ser também constitucionais, pois houve a elaboração de uma nova Constituição em 1967, semioutorgada. Essa Carta era necessária, naquele momento, porque os Atos Institucionais e Complementares não estavam em consonância com a Constituição de 1946. Assim, o objetivo dessa nova Constituição era tornar os atos militares legitimados por completo.

Reagindo a essa época restritiva, promulga-se, no Brasil, a Constituição de 1988 a qual é o marco histórico do

neoconstitucionalismo no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que traz alta carga axiológica, princípios que impõem condutas de efetivação dos direitos fundamentais e que limitam a atuação dos três poderes do Estado. Ademais, pode-se asseverar que “a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito”. (BARROSO, 2007, p. 4).

### **2.2.2 Marco Teórico**

Outro marco do neoconstitucionalismo é o teórico, abrangendo duas grandes transformações na aplicação do direito constitucional, quais sejam: o reconhecimento de força normativa à Constituição e a expansão da jurisdição constitucional. Cada um desses elementos citados será explanado adiante.

#### **2.2.2.1 *A força normativa da constituição***

A superveniência de constituições normativas, as quais regulam a organização do poder e das fontes jurídicas, gerando direitos e obrigações exigíveis diretamente, foi uma das mudanças do neoconstitucionalismo no ordenamento jurídico.

Com a reconstitucionalização que seguiu o segundo pós-guerra, a atribuição de força normativa às normas constitucionais - que passaram a ser dotadas de imperatividade - iniciou-se na Alemanha (1949), posteriormente, na Itália (1947) e em Portugal (1976). A ideia de status de norma jurídica das normas constitucionais chegou ao Brasil, nos idos dos anos oitenta, timidamente. Porém, apenas a partir da Constituição vigente, começou o processo de rompimento do entendimento retrógrado do século passado e a absorção doutrinária e jurisprudencial dessa força normativa. (BARROSO, 2007, p. 7).

Segundo Walber de Moura Agra (2009), citando Santiago Sastre (2003), a Lei Maior “deixou de ser considerada como uma norma de valor meramente programática ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador para reafirmar seu valor normativo e operar como uma autêntica norma jurídica com eficácia direta e imediata”. A força normativa foi atribuída às constituições; suas normas se tornaram normas jurídicas, superando, desse modo, o modelo que perdurou até a metade do século vinte, na Europa, no qual a constituição era tratada “como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos”. (BARROSO, 2007, p. 7).

Na doutrina brasileira, já havia entendimento se antecipando ao que ocorreria no futuro, como lembra Luís Roberto Barroso (1993, p. 12), ao escrever sobre a efetividade da Constituição de 1988, logo após sua promulgação:

Bem antes da Constituição de 1988, todavia, já havia poucas vozes que clamavam pela efetividade das normas constitucionais. Não se colheu muito êxito, devido à ausência de suporte normativo e ao paradigma reinante na época. Por exemplo, José Afonso da Silva publicou o clássico A aplicação das normas constitucionais, defendendo a eficácia dos dispositivos da Constituição, mas poucos efeitos imediatos foram notados, quanto à mudança de paradigma existente à época.

Podemos citar os resultados logrados pela sociedade durante os primeiros vinte anos da Constituição de 1988, para exemplificar, de fato, a força normativa que uma constituição possui. Nas palavras de Roberto Barroso (2007, p. 4):

[...] a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo de sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional.

Não se pode olvidar que a tese da força normativa da constituição tem seu nascedouro no jurista alemão, Konrad Hesse, que explanou esse pensamento publicamente, pela primeira vez, em 1959, em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg. Após esse momento, Hesse publicou sua obra “A força normativa da constituição” em uma época em que se repensava a falta de efetividade e de normatividade da Constituição de Weimar de 1919, além da utilização da lei para a prática das banalidades pelos nazistas.

Para Konrad Hesse (1991, p. 43), a força normativa da constituição se baseia na vontade de Constituição, isto é, desde que essa vontade esteja presente na consciência geral, principalmente na dos detentores de poder, a constituição se transforma em força ativa, capaz de impor mudanças sociais.

Na visão de Konrad Hesse (1991, p. 44), há três vertentes diversas que originam ou condicionam a efetivação da vontade de constituição: a) a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio; b) a compreensão de que a ordem constitucional é mais que uma ordem legitimada pelos fatos; c) a consciência de que essa ordem não será eficaz sem a vontade humana, isto é, todos estão convocados a dar conformação à vida do Estado, mediante as tarefas colocadas por ele.

### **2.2.2.2 A expansão da jurisdição constitucional**

O marco teórico abrangeu ainda outra grande transformação na aplicação do direito constitucional, qual seja, a expansão da jurisdição constitucional, ocorrida a partir do final dos anos quarenta, na Europa ocidental, deflagrando na queda da soberania do Parlamento e na predominância da atuação do Judiciário.

O direito constitucional pós-moderno foi marcado por novas constituições e também pela supremacia da constituição. Essa “fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário”. (BARROSO, 2007, p. 8).

Por causa dessa atribuição de realizar os sonhos constitucionais ao Judiciário, o neoconstitucionalismo é “mais juiz que legislador”, e Humberto Ávila (2009, p. 7) perfilha que um dos quatro fundamentos do neoconstitucionalismo é o organizacional, isto é, a transferência da preponderância “do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”. Os auspícios de mudanças sociais, de promoção da paz e da justiça são depositados na atividade de dizer o direito (*juris dictio*).

Os tribunais constitucionais começaram a surgir; o primeiro criado foi o da Alemanha, em 1951, seguido pelo da Itália, em 1956. A expansão desses tribunais constitucionais pela Europa perpetrou-se posteriormente, como na Turquia (1961), na Grécia (1975), entre outros. As únicas exceções estiveram no Reino Unido, Holanda e Luxemburgo. (BARROSO, 2007, p. 9).

A adoção de um modelo de controle de constitucionalidade realizado por tribunais constitucionais ganhava relevância, tendo em vista que as normas constitucionais passaram a servir de base de sustentação obrigatória para todas as demais normas do sistema. Ademais, havia a necessidade de defesa dos direitos fundamentais os quais estavam positivados nas novas constituições, fenômeno denominado de constitucionalização dos direitos fundamentais.

Ressalve-se que a referida expansão começou no Brasil, de fato, com a Emenda Constitucional n.º 16 de 1965, pois esse dispositivo previu o controle de constitucionalidade abstrato pela primeira vez, visto que só havia o controle de constitucionalidade difuso, desde a primeira Constituição republica de 1891.

A Constituição de 1988, então, ampliou essa jurisdição constitucional de maneira considerável. O primeiro fator foi alargamento do rol dos legitimados ativos ao direito de propositura das ações diretas, no art. 103. O único legitimado a pleitear o controle de constitucionalidade era o Procurador-Geral da República, antes da Constituição vigente. O segundo fator para essa expansão consistiu na “criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade” – introduzida pela Emenda Constitucional n.º 3 de 1993 – “e a regulamentação”, através da Lei n.º 9882 de 1999, “da arguição de descumprimento de preceito fundamental” – ADPF. (BARROSO, 2007, p. 9).

O controle de constitucionalidade brasileiro pode ser realizado por via difusa ou incidental, e todos os juízes possuem atribuição para analisar a conformidade das normas infralegais com as constitucionais, nesse modelo. Contudo, o Supremo Tribunal Federal é o órgão por excelência com atribuições para realizar o controle da Constituição, principalmente por meio abstrato ou concreto, através das ações diretas.

Essa expansão, no Brasil, além da ampliação do rol de legitimados para propositura de ações diretas e de criação de novos mecanismos de controle de constitucionalidade, também significou uma maior atuação do Judiciário, pois, como já explanado acima, a atribuição de concretização da Constituição de 1988 foi conferida a esse Poder, e a sociedade passou, então, a ter maior conscientização de seus direitos fundamentais, pleiteando-os judicialmente.

Nesse sentido, abordou-se, no presente tópico, o segundo elemento do marco teórico do neoconstitucionalismo – a expansão da jurisdição constitucional e será exposto a seguir considerações acerca da influência do neoconstitucionalismo no que se refere à aplicação da Lei dos Registros Públicos, nas questões relativas ao Registro Civil das Pessoas Naturais, com o fim de compatibilizar essa lei com os mandamentos de ordem constitucional.

### 3 A INFLUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA APLICAÇÃO DO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL.

A denominada Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73) foi promulgada em período anterior ao surgimento da nova ordem constitucional e, conseqüentemente, como aludido acima, ao neoconstitucionalismo. Assim, diversas partes de seu texto carecem de nova interpretação e aplicação, sob pena de padecer do vício da inconstitucionalidade.

O parágrafo único, do artigo 55, da Lei 6.015/73, prevê que “aos oficiais do registro civil é dada a possibilidade de não registrar prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores”.

Destarte surgiu, na doutrina, o entendimento de que aos indígenas deveria ser dado um nome comum e não aquele atribuído pela sua tribo, pois este seria suscetível de, *a posteriori*, expor o indígena ao ridículo; contudo, na prática, esse entendimento foi aplicado por diversos registradores civis, notadamente na Região Norte do País.

Atualmente, com o viés de dar aplicação constitucionalmente adequada a essa norma, foi editada uma resolução conjunta do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), com o fim de possibilitar ao indígena o direito de optar pelo nome de sua preferência no Registro Civil das Pessoas Naturais.

Conferiu-se, ademais, o direito de inserir sua aldeia, como local de nascimento, e outros mandamentos que, tiveram, como interesse maior, garantir o princípio constitucional da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o núcleo axiológico do ordenamento jurídico, servindo como norma de interpretação ou como mandamento constitucional além de proporcionar e de garantir a igualdade entre todos os indivíduos.

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente

à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas , constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.(MORAES, Alexandre. 2003, p. 75).

Quanto à interpretação dada ao dispositivo da Lei de Registros Públicos, ora analisado, a dignidade da pessoa humana é norte de interpretação, para que os indígenas possam exercer, com liberdade, autonomia e respeito, o Princípio da Dignidade do Índio.

Essa interpretação aludida garante aos índios o exercício dos seus direitos ancestrais, pois o nome que advém de suas culturas tem a finalidade não apenas de sua identificação perante a sociedade, mas também, e acima de tudo, possui significados culturais.

O artigo 59 da Lei 6.015 traz à baila a expressão “filho ilegítimo” a qual, embora não tenha sido expressamente revogada, deve, igualmente, receber uma interpretação adequada à Carta Constitucional, tendo em vista que a Lei Maior, no parágrafo sexto, do art. 227, estabelece que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Atribuir a nomenclatura “filho ilegítimo” àquele originado de uma relação fora do casamento é uma atitude discriminatória, sem obediência ao princípio da isonomia que significa, segundo José Afonso da Silva (2007, p. 73):

“O princípio da igualdade é um princípio geral de todo o ordenamento jurídico. A Constituição tem especial preocupação com a igualdade. É ela considerada, no Preâmbulo, um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, em que se propõe se erija a sociedade brasileira. O art. 3º, III, pelo visto, busca a erradicação de desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; e o art. 4º erige como um dos princípios internacionais, enquanto no art. 5º, em comentário, estamos diante do princípio da igualdade pessoal, que encontra correlação material nos incisos XXX e XXXIV do art. 7º, que proíbem discriminações salariais e profissionais (...)”

O neoconstitucionalismo proporcionou sobremaneira, por meio da força normativa da Constituição e dos princípios, a realização dos ditames constitucionais e principiológicos.

Os filhos havidos fora do casamento, por exemplo, não tinham alguns direitos, como, direito à herança e a alimentos, ambos garantidos na Constituição da República e, inobstante, no Código Civil de 2002, além de outras leis esparsas.

### **3.1 Registro do Casamento Religioso para Efeitos Cíveis**

O art. 29, inciso III da Lei de Registros Públicos prevê que “serão registrados no registro civil de pessoas naturais os casamentos”, contudo não especifica qual casamento poderá ser registrado. Diante da lacuna, deve-se interpretar, conforme a Constituição da República, de acordo com a liberdade religiosa e com a tutela e proteção à família.

O Registro do Casamento Religioso para Efeitos Civis de qualquer religião é possível, desde que atenda aos valores éticos e morais, visto que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso VI elenca, como direito individual e coletivo, a liberdade de consciência e de crença, além de dispor, em seu art. 226, “caput”, que a família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado, bem como, no parágrafo segundo do art. 226, o casamento religioso ter efeito civil, nos termos da lei. .

A República Federativa do Brasil não oficializou nenhuma religião e, portanto, trata-se de um Estado laico, leigo ou não confessional. De acordo com José Afonso da Silva (2006, p. 93):

“Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião de forma alguma , assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo, mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros.”

Considerando a laicidade do Estado Brasileiro e suas diversas religiões existentes, não se pode fazer distinções

tampouco restrições das religiões perante as quais o casamento seja celebrado e possa ser registrado para efeitos civis.

Assim, na prática, o notário jamais poderá negar o registro do casamento religioso celebrado perante alguma religião à qual ele não seja afeito ou não conheça, pois, se a lei não proíbe ou não faz restrições, não cabe a ninguém fazê-las.

Ademais, essa vedação da prática da proibição acima aludida decorre de uma interpretação conforme à constituição, em razão dos ditames positivados nos artigos referidos acima e também de suas normas.

Seguindo nosso entendimento, recentemente, o STJ, no RESP 1126515/PR, de relatoria do Ministro Hermam Benjamim, ao aplicar a Lei 9.492/97 – Lei de protesto -, entendeu que o protesto da Certidão de Dívida Ativa não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal. Portanto o protesto é apto à fomentar a desjudicialização dos processos e garantir maior celeridade às demandas. Como *ratio decidendi*, O STJ expressou que “a interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação - naturalmente adaptada às peculiaridades existentes - de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços)”.

Nesse contexto, denota-se que esse processo de publicização vem sendo intensificado, afastando a ideia de distinção

entre os ramos do direito, visto que o Direito Privado possui hoje uma função pública, garantindo que a nação não será prejudicada pelas ações de poucos, bem como o direito Público tem suas regras e princípios influenciados pela sistemática privatística, como as regras de gestão e eficiência aplicadas aos órgãos públicos.

Antes da Constituição Federal de 1988 – denominada de Constituição Cidadã – as normas referentes ao Direito Notarial e Registral estavam presentes apenas na legislação infraconstitucional, bem como nos códigos de normas estaduais. Então, para conferir maior importância às suas normas e institutos, e assim buscar a uma aplicação efetiva e significativa da justiça, o legislador passou a editar outras leis de caráter privativo, e a estabelecer na Constituição regulamentos para o Direito Notarial e Registral. Exemplos disso é a menção, no texto constitucional, à forma de ingresso na atividade – a qual deve ser por concurso público de provas e títulos, bem como tratar-se de serviço exercido em caráter privado, por delegação do poder público.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do aludido, denota-se que a legislação notarial e registral necessita de uma interpretação constitucionalmente adequada em diversos dispositivos, com o fim de garantir sua execução com supedâneo no sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, sem padecer do vício da inconstitucionalidade.

Como vimos, no que tange especialmente ao Registro Civil das Pessoas Naturais, a constitucionalização de diversos temas do direito civil, tal como o direito de família, e os atuais princípios constitucionais criaram a obrigação de releitura das normas Registrais, a qual deve ser efetivada pelos operadores do direito. No que concerne ao Direito Indígena, notadamente, deve-se atentar para o fato de que aos indígenas deve ser garantido um tratamento isonômico, proporcionando a eles a possibilidade de

registrar o nome indígena, bem como a sua aldeia como local de nascimento.

Ademais, a análise dos casos concretos estão sendo efetivadas e normatizadas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelas Corregedorias dos Estados, que não se omitem com relação à garantia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A força normativa da constituição, uma das facetas do neoconstitucionalismo, abriu a possibilidade de aplicação constitucional da Lei 6.015, pelos notários e registradores, sem necessidade de mudança de seu texto, apenas com fulcro nos princípios constitucionais.

Um aspecto crítico que poderemos imaginar a respeito da aplicação constitucional das Leis Notariais e Registrais é o fato de que o Notário e o Registrador estão sujeitos ao princípio da legalidade, sob pena de abertura de procedimento administrativo com possibilidade de sanção disciplinar. Poder-se-ia arguir que os princípios constitucionais são leis em sentido amplo e que, por isso, poderiam ser aplicados na prática pelos cartorários sem necessidade de previsão em lei em sentido estrito; ocorre que a delegação de uma serventia extrajudicial sujeita o delegatário a diversas imposições, principalmente das Corregedorias Estaduais, e o descumprimento, que é avaliado no exclusivo critério do Poder Judiciário, destas regras pode acarretar, inclusive, nos termos da Lei 8.935/93, a perda da delegação.

Diante do exposto, embora tenhamos a certeza da função do Notário e do Registrador de aplicar os princípios constitucionais, com o fim principal de fomentar o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, indicamos cautela durante a atividade prática para que não haja responsabilidade em âmbito administrativo, devendo o delegatário suscitar dúvida ao Juiz Corregedor Permanente nos momentos em que viabilizar a aplicação dos institutos constitucionais, ou mesmo

indicar às partes as vias ordinárias – mediante a judicialização da questão, caso seja necessário o afastamento das normas das Corregedorias, visto que administrativamente, à princípio, isso não seria possível.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Forense. 2009.

ALCÂNTARA CASLETO, Fernando. **A igualdade jurídica entre os filhos: reflexo da constitucionalização do direito de família**. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/a.igualdade.juridica.entre.os.filhos.pdf>>.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e dos Registradores comentada**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>.

APPIO, Eduardo. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpreta o moral da Constitui o**. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Ant nio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Constitucionaliza o das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático**. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coord.). **A constitucionaliza o do direito. Fundamentos teóricos e aplica es específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionaliza o do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 9 ed.. – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 6 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coord.). **Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta.** 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social,** 7 ed - São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional.** 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPOS, Raymundo Carlos Bandeira. **História do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Atual. 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. O ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo Cunha. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FREITAS BARROS, Marcus Aurélio de. **Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FRISCHEINSE, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonaid, 2000.

HESSE, Konrad, **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1991.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Salvador: Juspodivm, 2009.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**, São Paulo: Fabris, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional sistematizado**. São Paulo: Forense jurídica, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coord.). **A constitucionalização do direito. fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

\_\_\_\_\_. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais. Alguns Parâmetros ético-Jurídico. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coord.). **Direitos sociais. fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coord.). **Direitos sociais. fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trad. de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta. 2005.

## A EDUCAÇÃO NO CAMPO COMO FERRAMENTA DE CONQUISTA DE UMA CIDADANIA PLENA PARA TODOS OS BRASILEIROS

**CLÉVERTON JOSÉ SILVEIRA OLIVEIRA:** Graduado em ciências sociais e graduando do curso de direito. Especialista em epistemologia e filosofia das ciências sociais. Especialista em antropologia visual. Cursando Pós-graduação em direito administrativo. Funcionário público.

**RESUMO:** O artigo ora apresentado objetiva a uma análise da Educação no Campo (zona rural) a partir das lutas de Movimentos Sociais para que se cumpram as leis que garantem o direito a terra e à educação formal dos trabalhadores e cidadãos que vivem no campo. Também analisa o desempenho do ensino público brasileiro, seus métodos e desdobramentos e a necessidade de se ter uma metodologia educacional inclusiva e voltada para a formação de cidadãos críticos e profissionais efetivamente competentes, a exemplo da LDB (Lei das Diretrizes e Bases Nacionais da Educação) e do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) que, em seu Art. 53 diz: “A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho(...)”

**Palavras Chave:** Educação, Políticas Educacionais, Educação no Campo, ECA, Constituição Federal de 1988.

**ABSTRACT:** The article presented here aims at an analysis of Education in the Countryside (rural) from the struggles of social movements is to fulfill the laws that guarantee the right to land and formal education of workers and citizens who live in the countryside. It also analyzes the performance of the Brazilian public education, its methods and developments and the need to have an inclusive educational methodology and directed at the formation of critical citizens and competent professionals effectively, such as the LDB (Law of Directives and Bases of National Education) and ECA (Statute of Children and Adolescents), in its Article 53. says: "Children and adolescents have the right to education, aiming at the full development of

his person, preparation for the exercise of citizenship and qualification for the job(...)"

**Keywords:** Education, Education Policy, Education Field, ECA, Federal Constitution in 1988.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo 205 da Constituição Federal de 1988 (exaustivamente repetido por teóricos e políticos em campanha) diz que, a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Entretanto, vê-se uma disparidade imensa entre o modelo educacional exercido no Brasil através dos tempos e, as premissas (tão difundidas) da Constituição Federal. É de conhecimento geral que a educação nos primórdios do Descobrimento do Brasil era entregue aos jesuítas que, acompanhando os desbravadores cuidava de educar os filhos de colonizadores e seus apadrinhados. Índios, negros e mulheres eram “desconsiderados” no âmbito da educação. E, por quê? Unicamente pelo pensamento da época que colocava trabalhadores rurais (negros e índios) e mulheres como desnecessários ao campo do estudo por se tratar de pessoas cujo trabalho braçal e doméstico (respectivamente) não requeria nenhuma educação formal.

A educação na zona rural brasileira foi instituída ao longo das décadas, sobretudo, nos últimos anos onde os movimentos sociais a exemplo do MST (Movimentos dos Trabalhadores Rurais Sem Terra) além de lutar por reforma agrária, também colaborou de forma significativa para a inserção dos agricultores e seus filhos nos bancos escolares, uma vez que, em seus primórdios o modelo educacional brasileiro segregava estes trabalhadores. Segundo os docentes da época, era desnecessária a instrução escolar dos mesmos, pois, os conteúdos curriculares não poderiam ser aplicados às práticas agrícolas.

O Brasil que, historicamente, teve sua estrutura econômica situada em atividades agrícolas, experimentou durante a década de 1950, o início do desenvolvimento de um modelo econômico bipolar: de um lado, estava à concentração das riquezas (em poucas mãos) em oposição (e desvantagem) estavam os segregados pelas desigualdades sociais, e assim, o país fomenta a sua urbanização. Somente a partir de 1980, período da redemocratização, onde as questões sociais vinculadas ao campo entram em cena por meio dos movimentos sociais, ganham força e conquistam lugar determinante na história política brasileira, sendo os responsáveis por colocar na pauta dos debates políticos a questão agrária. Atualmente, se discute os caminhos para elaboração de novos modelos de desenvolvimento, onde estaria o investimento na expansão, além do fortalecimento da agricultura familiar e sua redistribuição de renda.

Apesar dos grandes conflitos existentes em relação às questões relacionadas a terra, disparidade social, econômica, educacional, alimentar em nosso país num contexto histórico, não se pode fechar aos olhos a importantes avanços que todas essas questões obtiveram a partir da Constituição Federal de 1988. A partir das políticas públicas, mesmo com suas conquistas, devem ter mais articulações e vise mais prioridade a promoção da segurança alimentar. E dentro de uma conjuntura da nossa atual realidade, que se criem mais componentes estratégicos às políticas da agricultura familiar e uma efetivação da reforma agrária, que assegurará igualdades as mazelas socioeconômicas no nosso país a exemplo da pobreza, desigualdades sociais e de gênero no meio rural.

Entretanto, nesse contexto, as políticas públicas existem para respeitar, proteger, promover e sustentar os direitos humanos. Também, não podemos esquecer que, diante desse contexto, a necessidade civil exerce papel fundamental neste processo; pois as políticas públicas na maioria das vezes surgem da sociedade, de suas necessidades e de conquistas históricas.

Contudo, sabe-se que, na realidade, alguns aspectos dos programas voltados para a educação no campo deixam a desejar quando

se trata da metodologia de ensino aplicada que, muitas vezes, não dialoga plenamente com a realidade rural brasileira e conseqüentemente contraria algumas premissas do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) como o Art. 4º que diz ser “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”. É de conhecimento de todos que a Educação no Campo, bem como, as políticas públicas atuais, ainda não asseguram todos os direitos previstos neste e nos demais artigos do ECA e também na Constituição Federal. Então cabe à sociedade questionar: Porque mesmo sendo tão bem elaboradas, as políticas públicas para a educação no campo não geram os resultados esperados? Quais adaptações ou mudanças devem ser feitas para que a Educação no Campo atenda plenamente às premissas do ECA e da Constituição Federal? De que forma podemos tornar a educação no campo mais assertiva nos aspectos da troca de conhecimentos com a comunidade para diminuição na evasão escolar?

## **2. O ECA E A EDUCAÇÃO**

A Constituição de 1988 através do artigo 208 que diz que educação básica gratuita e de qualidade é um direito de todas as crianças e adolescentes. Entretanto, fazia-se necessária a criação de leis específicas para uma educação que atendesse de forma efetiva e abrangente a maior número possível de crianças e adolescentes em idade escolar, sobretudo no ensino público. Foi neste ambiente de reflexão pedagógica amplamente difundida pelas ideias de Paulo Freire que questionava frontalmente os modelos educacionais vigentes no Brasil naquele momento. A normatização do conceito de educação, bem como, das práticas docentes, veio através da LDB - Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº 9.394/96:

“A Educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.” (LDB, 1996, Art. 1º).

A partir de então, o conceito de educação assume um papel muito maior na vida dos cidadãos (crianças ou não) brasileiros, pois, a partir da LDB a educação passou a ser mais do que conteúdos recebidos em sala de aula. Agora o processo de ensino aprendizagem assume uma forma que abrange os saberes que a criança traz da família e da comunidade em que vive mesclando-os com as “lições” aprendidas na escola. Nesse contexto, o professor atua como mediador de conhecimentos fazendo a ponte entre o saber individual do aluno e o que se aprende nos livros.

Uma educação plena e eficaz tem como premissa o respeito às particularidades de cada grupo social e às individualidades de cada aluno. Sabendo que, cada família é um núcleo com regras próprias, modos de vida distintos e valores também, uma educação que pretende formar cidadãos precisa ser trabalhada de maneira a atuar na vida dos alunos dialogando com a sua rotina, ou seja, o estudante tem que vislumbrar nos livros a possibilidade de aplicar seus conteúdos na vida diária. A isso chamamos de contextualização para a inclusão social. É nesse momento que, o aluno vê na escola uma forma de amenizar possíveis problemas socioeconômicos através das práticas pedagógicas que o levem a pensar a si mesmo como agente modificador da própria realidade e não um mero espectador dos acontecimentos. É missão da escola e seus docentes fazer com que seus alunos enxerguem na dedicação aos estudos a principal ferramenta de melhoria da sua comunidade, família e, principalmente, de si mesmos.

É nessa oportunidade que o estatuto da criança e do adolescente vem a complementar de maneira fundamental tanto a Constituição de

1988 quanto a LDB no que concerne aos direitos fundamentais à educação de qualidade:

“A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

- I. igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II. direito de ser respeitado por seus educadores;
- III. direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
- IV. direito de organização e participação em entidades estudantis;
- V. acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.” (ECA, 1990, Art.53)

Dessa maneira, o ECA prega uma facilitação ao aluno para se chegar aos bancos escolares, o que, convenhamos, colaboraria de maneira decisiva na diminuição da evasão escolar amplamente combatida em todas as esferas educacionais. Vemos corriqueiramente (sobretudo no campo) as rudezas que os alunos têm que passar diariamente para chegar até a escola. O que evidencia o descumprimento do inciso V do artigo 53 do ECA que fala da escola pública gratuita e próxima de suas residências, uma vez que, tem-se que andar a pé ou fazer uso do transporte escolar para se chegar à sala de aula.

Nos últimos anos nota-se um esforço governamental em melhorar a qualidade do transporte escolar, mas, que ainda está longe de cobrir toda a rede nacional de ensino.

### **3. A EDUCAÇÃO “DE PAPEL” NO CAMPO**

No livro *O Cidadão de Papel*, Gilberto Dimenstein relata justamente a crise social porque passa o cidadão brasileiro na atualidade, em virtude de políticas públicas que, não conseguem atingir todas as camadas sociais de maneira plena e justa, desprezando ao cidadão de baixa renda o que ele denominou de “Cidadania de papel” uma vez que teoricamente (ou seja, no papel) tudo funciona de maneira perfeita no Brasil, entretanto, na prática a teoria muda completamente. As reações em cadeia geradas pela desigualdade social brasileira são amplamente abordadas por Dimenstein que, mostra como a falta de condições básicas de sobrevivência digna reflete diretamente na formação de seres humanos cuja cidadania plena somente é alcançada por uma camada restrita da sociedade que, através do alto poder aquisitivo, tem acesso à saúde, educação, moradia e condições de vida de boa qualidade o que proporciona a si mesmos e seus descendentes melhores oportunidade de crescimento pessoal e profissional:

“A descoberta das engrenagens é a descoberta do desemprego, da falta de escola, da inflação, da imigração, da desnutrição, do desrespeito sistemático aos direitos humanos. Com essa comparação, vamos observar como é a cidadania brasileira, que é garantida nos papéis, mas não existe na verdade. É a cidadania de papel.” (DIMENSTEIN, 2001, P. 17)

Pensando dessa forma, podemos assegurar que as políticas educacionais vigentes no Brasil estão perfeitamente elaboradas, mas, quando passamos para o campo prático toda a infalibilidade das teorias cai por terra em virtude da falta de estrutura econômica, social e de políticas públicas voltadas para educação de qualidade, tão falada em todas as leis e diretrizes acerca do tema. Gilberto Dimenstein trata justamente desta “perfeição brasileira” existente somente “no papel” e que é vivida totalmente às avessas por todos os brasileiros, sobretudo, as crianças pobres. Dimenstein também fala de todos os aspectos da economia, das políticas públicas, da má administração do dinheiro

público, da falta de estrutura das grandes e pequenas cidades e de tudo mais, determinando de maneira imparcial as escolhas das crianças e jovens brasileiros. Jovens esses que, ao viverem em ambientes que são literalmente esquecidos pela administração pública, onde saneamento básico, saúde de qualidade, oportunidades de emprego e escolas estruturadas não existem, o que os leva a crer que a única maneira de adquirir visibilidade social, infelizmente, seja através da criminalidade que gera violência:

“Há ausência de cidadania quando uma sociedade gera um menino de rua. Ele é o sintoma mais agudo da crise social. Os pais são pobres e não conseguem garantir a educação dos filhos. Eles vão continuar pobres, já que não arrumam bons empregos. E aí, seus filhos também não terão condições de progredir.” (DIMENSTEIN, 2001, P. 25)

O MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra) teve seu início em 1984 sob o lema de promover a reforma agrária com o slogan: “Ocupar, Resistir e Produzir”, entretanto as conquistas almejadas pelo movimento vão além de uma divisão justa de terras para o cultivo. O MST também tinha como propósito promover a educação pública de qualidade no campo. Contas das estatísticas do movimento a criação de mais e de 2 mil escolas, onde 160 mil crianças assentadas puderam estudar. Outra preocupação do movimento foi a educação de jovens e adultos que, a cada ano, com mais de 2 mil educadores e 28 mil alunos.

Segundo dados, “mais de 50 mil pessoas já aprenderam a ler e escrever no MST, defendendo que, a escola esteja onde o povo está e, conseqüentemente, os camponeses têm o direito e o dever de participar da construção do seu projeto de escola.”

Os projetos de alfabetização têm como objetivo principal transformar os assentamentos e acampamentos em territórios livres do

analfabetismo e, para isso, a EJA (Educação de Jovens e Adultos) trabalha com os Sem Terra conteúdos relacionados à realidade rural.

Assim, enquanto um dos meios de capacitação para o trabalho deve buscar constantemente mudanças na realidade e lutar contra essa desigualdade social imposta, levando aos alunos a questionar sobre as políticas administrativas vigentes. No que tange os aspectos culturais, percebemos que a falta de lazer é uma realidade e além de tudo um aspecto negativo. É preciso dotar os acampamentos e assentamentos com estrutura para práticas esportivas, acesso à internet e bibliotecas físicas e virtuais, espaço para práticas da cultura local como folclore, artes, dentre outras o que traz uma valorização da identidade individual e coletiva.

#### **4. EDUCAÇÃO ENTRE ASSENTADOS**

Ao analisar os Relatórios do Projeto Integrador, percebem-se pontos em comum nos quatro assentamentos pesquisados. Dois deles estão situados em municípios do semiárido Sergipano (Simão Dias e Poço Verde), um no Centro-Sul de Sergipe (Lagarto), e um no município de Adustina (sertão baiano).

Os pontos convergentes dos 4 assentamentos são: A presença de unidades de ensino fundamental, o que configura duas das premissas do ECA (aquelas que preconizam o “acesso à escola pública e gratuita próximo à sua casa e a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”). Com isso, as unidades de ensino fundamental nos assentamentos facilita enormemente a ida das crianças à escola, entretanto, é preciso analisar a que ponto essa facilitação de acesso corresponde a um ensino de qualidade e que não coloque o aluno em maus lençóis ao chegarem as escolas de ensino fundamental 2 e médio dos núcleos urbanos. Esse déficit na qualidade do ensino nas “escolas rurais” em relação às “escolas urbanas” é recorrente em todo Brasil (com algumas exceções evidentemente), embora, ambas sigam os mesmo parâmetros curriculares, é alto o índice de repetência entre alunos que vem da roça para estudar na cidade. O que configura, mais uma vez, a

presença dos Cidadãos de Papel que, embora façam parte de estatísticas otimistas em relação ao nível de escolaridade, nem sempre possuem o mesmo desenvolvimento que os alunos das mesmas séries, mas que estudam nos centros urbanos. É preciso não só a presença de escolas e professores nos assentamentos, há que se ter um cuidado com a qualidade do ensino, porque, esses alunos ao chegarem numa escola da cidade precisam ser muito bem acolhidos pelos docentes daquela unidade para que, diante das dificuldades que os aguardam, não se sintam desestimulados ao estudo e tentados a vagar pelas ruas enquanto seus pais os querem na escola. Nesse momento da adolescência, se o jovem que vem do interior do município não se adaptar à nova escola, pode sim trocar o aprendizado escolar pela “escola preparatória da rua” exemplificada por Dimenstein:

“A rua serve para a criança como uma escola preparatória, do menino marginal esculpe-se o adulto marginal, trabalho diariamente por uma sociedade violenta que lhe nega condições básicas da vida. Paz social significa poder andar na rua sem ser incomodado por pivetetes. Isso porque num país civilizado não existe pivete. Existem crianças desenvolvendo suas potencialidades.” (DIMENSTEIN, 2001, p. 53)

Alguns assentados revelaram haver presença de dependentes químicos entre os jovens. Uma situação preocupante, pois, estes podem influenciar outros adolescentes da comunidade e se faz urgente uma política de prevenção de danos nesses assentamentos para coibir a presença de “pivetetes” em lugar de crianças desenvolvendo suas potencialidades nos assentamentos.

Deve-se valorizar a persistência e organização dos assentamentos em todos os municípios, entretanto, é imprescindível um acompanhamento por parte das Secretarias Municipais de Educação, no que tange à qualidade do ensino (nessas e em todas as escolas rurais), à

presença dos alunos em sala de aula tanto nas escolas do interior como nas sedes dos municípios, bem como, no desenvolvimento de seus alunos a fim de evitar danos futuros ao seu progresso pessoal, escolar e profissional.

Outro ponto coincidente nos quatro assentamentos é o apoio logístico dado pelas prefeituras. Coleta de lixo, abastecimento de água, manutenção das escolas, presença de agentes de saúde e endemias está entre os serviços fornecidos pelas prefeituras em todos os assentamentos pesquisados. É consenso de que esses são apenas serviços básicos (na acepção mais simplista possível), e que, muito mais poderia ser feito pelas prefeituras dentro dos assentamentos, sobretudo, em relação ao esporte, lazer, cultura e outras atividades tanto para adolescentes quanto para idosos. Aliás, idosos estes que, apesar de admirados e reverenciados por todos dentro dos assentamentos, parecem não ter qualquer atividade recreativa própria da terceira idade.

Mais uma convergência dos relatórios aponta para a negativa dos pais em relação ao trabalho infantil. Todas as famílias são unânimes em dizer que, o que os filhos fazem é “dar uma ajuda” sem que isso atrapalhe os estudos. Mas, é evidente que, essa dualidade estudo versus ajuda aos pais, há de no mínimo causar certo conflito na cabeça das crianças, adolescentes e jovens, que tem que se dividir (mesmo que pouco) entre trabalho e estudo.

A inexistência de casos relevantes de violência é algo também unânime em todos os assentamentos. Porém, se em alguns deles há a presença de dependentes químicos, talvez, essa tranquilidade seja transitória. Não pelos dependentes, mas, pelas pessoas que estes podem atrair para o convívio dos assentados. Faz-se necessária uma política de orientação contra o uso de drogas e de prevenção com os jovens e também o tratamento daqueles que são dependentes.

O mais forte ponto em comum dentre todos os assentados de todos os municípios é a satisfação em ver assegurado o seu direito a terra

para cultivar. Essa conquista dos assentados do MST é algo que Dimenstein definiu muito bem, mesmo tendo escrito muito antes da existência dos movimentos ruralistas:

“O direito de ter direitos é uma conquista da humanidade. Da mesma forma que anestesia, as vacinas, o computador, a máquina de lavar, a pasta de dente, o transplante do coração.” (DIMENSTEIN, 2001, p. 29)

No tocante ao direito a terra, educação no campo e direitos civis, é inegável o papel fundamental dos movimentos ruralistas na efetivação de uma Reforma Agrária factual. Reforma Agrária esta que acontece gradativamente, a cada dia em cada assentamento no Brasil. Reforma que vai, aos poucos, trazendo cidadania a quem nada tinha além da força do trabalho e da vontade de ser feliz e dar dignidade para si e sua família. Muito ainda tem que ser feito, mas, se olharmos para trás veremos que, não fossem as lutas para concretizar a tão sonhada cidadania, de fato e de direito, a maioria destas famílias que hoje se orgulha do seu pedaço de chão, seria apenas números nas estatísticas dos cidadãos brasileiros de papel.

## **5. CONCLUSÃO**

Intercorrente ainda no Brasil a população sofre, principalmente as que residem no campo, devido à estrutura que se criou em relação às questões da terra e sua apropriação privada há mais de 500 anos.

Na maioria dos países desenvolvidos às atividades na terra é de cunho principalmente familiar, já no caso do Brasil, por mais que tiveram conquistas, ainda persiste o regime patronal e de herança histórica com sua marca persistente ao impedimento, desprezo e intolerância dessa elite pelas formas familiares de propriedade e uso da terra.

Após analisar as leis e diretrizes educacionais vigentes no Brasil em paralelo com a realidade atual fica difícil dizer qual a solução definitiva

para resolver todas as mazelas sociais do nosso país. É evidente que seria impossível uma solução única, já que estamos diante de uma gama de problemas.

Movimentos sociais como o MST trataram de, por iniciativa própria, fomentar as próprias bases da educação no campo priorizando a escola como ambiente localizado dentro da comunidade (o que sana a questão da escola ser de fácil acesso), a formação de professores, a erradicação do analfabetismo através do EJA e a prática de ensino voltada para a agricultura e a realidade do homem do campo.

É quase impossível imaginar pessoas que, inicialmente, se organizam em barracas de lona até conquistarem a terra ocupada tenham conseguido de maneira simples e eficaz sanar de maneira significativa a questão da educação para os assentados e seus filhos.

Fica evidente que facilitar o acesso à educação passa por questões como: diminuir a burocracia quanto aos recursos educacionais (algo que vem sendo feito de maneira gradual e progressiva nas escolas, através dos Programas Dinheiro Direto na Escola), o uso ético e eficiente desse dinheiro, a inserção de escolas em comunidades longínquas a fim de evitar o deslocamento dos alunos, as práticas pedagógicas interativas entre professores, alunos e comunidade para através da troca de conhecimento obter-se uma educação inclusiva, contextualizada com a realidade do aluno e conseqüentemente plena e de qualidade.

## **6. REFERÊNCIAS**

ALVES, Gilberto Luiz. Educação no Campo: Recortes no Tempo e no Espaço. Campinas: Autores Associados, 2009.

MANIGLIA, Elisabete. As Interfaces do Direito Agrário, dos Direitos Humanos e a Segurança Alimentar. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

KOLLING, Edgar J.; CERIOLI, Paulo R.; CALDART, Roseli S;. Por uma Educação do Campo: Identidades e Políticas Públicas. Brasília: Articulação Nacional, 2002.

DEMEINSTEIN, Gilberto. Cidadão de Papel. São Paulo: Ática, 2001.

MARTINS, José de Souza. A Questão Agrária Brasileira e o Papel do MST. In: STÉDILE, João Pedro (Org.). A Reforma Agrária e a Luta do MST. Petrópolis: Vozes, 1997.

BRASIL, Senado Federal. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: nº 9394/96. Brasília: 1996.

Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L8069.htm>. Acessado em 22.10.2013.

BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

## EQUILÍBRIO, VIRTUDE DO JUIZ

**JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF:** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Livre-Docente da Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-doutoramentos na Universidade de Wisconsin, Estados Unidos da América, e na Universidade de Rouen, França. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Juiz de Direito aposentado. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados do Espírito Santo. Membro da Associação de Juristas pela Integração da América Latina. Membro da Associação "Juízes para a Democracia". Membro da Associação Internacional de Direito Penal (França). Autor de 39 livros e trabalhos publicados ou apresentados no Exterior, comunicações em congressos, palestras, intervenções em debates, trabalhos inseridos em obras coletivas, na França, nos Estados Unidos, no Canadá, no México, na Nicarágua, na Argentina.

Não se exige do Advogado o equilíbrio. Perdoam-se até mesmo seus excessos. Na defesa apaixonada de um cliente ou de uma tese, o destemperado do Advogado, ainda que não seja desejável, deve ser aceito, respeitado e compreendido.

Já ao Juiz impõe-se o equilíbrio, como virtude inerente a seu ofício. São absolutamente inaceitáveis, em qualquer corte de Justiça, porque contrariam a Ética da Magistratura, atitudes como: a) abandonar o plenário de julgamento, num comportamento infantil semelhante ao da criança mimada, de cujas mãos retirou-se um brinquedo; b) cassar a palavra de um Advogado, mesmo que o Advogado esteja tentando derrubar, com fúria, uma opinião ou voto desfavorável aos interesses do cliente; c) censurar o voto de um colega, divergente do seu voto; d) dar soco na mesa; et cetera.

Quando algum desses episódios ocorre no Supremo Tribunal Federal, a consciência jurídica exige o protesto imediato e veemente.

O equilíbrio não é uma virtude apenas aconselhável aos homens de toga. É obrigatória. Não é preciso ser ilustrado no mundo das leis para entender isto. Qualquer pessoa do povo compreende,

intuitivamente, que o juiz é o fiel da balança, que deve ser neutro diante das partes, que deve inspirar confiança e merecer o respeito mesmo daquele que foi perdedor numa causa.

As partes apresentam suas razões e provas. O juiz deve decidir com independência: retilíneo diante dos poderosos, impassível à face das baionetas, invulnerável para eximir-se do contágio da paixão coletiva, compreensivo para ouvir os humildes. Se o furor de uma pessoa é uma fagulha que se alastra, o furor de um magistrado é mais que uma fagulha, é um incêndio, um fogaréu. Para ter domínio sobre os outros (julgar alguém, decidir sobre direitos alheios) é necessário ter, antes de tudo, domínio sobre si mesmo.

Sirva-nos o ensinamento bíblico: “O furor do rei é mensageiro da morte. O homem sábio o apazigua.” (Provérbios, 16, 14).

Quando se trata de optar por valores éticos e jurídicos, o juiz não é neutro. Todo juiz carrega no seu espírito um conjunto de ideias pois que não é um autômato. A opção por valores, a escolha de um caminho hermenêutico, a filiação a uma escola de pensamento, tudo isto é lícito porque o juiz é um ser pensante.

Num momento da vida brasileira, em que as paixões estão exacerbadas, o que é perfeitamente natural no cotidiano democrático, a Justiça deve ter autoridade moral e legal para dirimir os conflitos e serenar os ânimos.

É muito triste quando um magistrado esquece seu relevante papel e rasga o código ético confundindo as solenes salas de julgamento com as mesas de um bar da esquina.

## **DISTINÇÕES ENTRE OS CRIMES DE CONTRABANDO E DESCAMINHO, ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 13.008 DE 26.06.2014**

**AMAURY REIS FERNANDES FILHO:** ADVOGADO DA UNIÃO, PÓS GRADUANDO EM DIREITO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO. EX-ANALISTA DE GESTÃO PÚBLICA, ESPECIALIDADE EM DIREITO, PELA SECRETARIA DO PLANEJAMENTO E GESTÃO DO ESTADO DO CEARÁ.

### **1. INTRODUÇÃO.**

O presente artigo, longe de tentar esgotar o tema, busca traçar distinções entre os crimes de contrabando e descaminho, indicando ainda contornos jurisprudenciais dos referidos tipos penais.

### **2. DESENVOLVIMENTO.**

Inicialmente, os crimes de contrabando e descaminho possuíam previsão expressa e conjunta no artigo 334 do Código Penal ([Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#)), nos seguintes termos:

“Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.” (...)

Nesse passar, a primeira parte do tipo penal, qual seja, “importar ou exportar mercadoria proibida” referia-se ao do crime de contrabando.

O crime de descaminho, por sua vez, estava previsto na segunda parte do dispositivo, nas condutas de “iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.”

Ambos os tipos penais possuíam a mesma pena e são crimes praticados por particular contra a Administração em geral, com impactos negativos na economia e sociedade, dos quais podemos citar a concorrência desleal para com o setor produtivo nacional, sujeito ao controle de qualidade e ao pagamento tributos, ocasionando via reflexa o desequilíbrio em diversos setores da economia, o desemprego e a diminuição da arrecadação tributária.

Não nos olvidemos ainda da possibilidade de lesão à saúde pública nacional pelo consumo de mercadoria produzida sem controle sanitário, acondicionadas e importadas de maneira irregular e, em alguns casos, contendo substâncias químicas proibidas no Brasil.

Como dito acima, embora com propensão de lesão à Administração em geral, e com previsão de aplicação da mesma pena, os tipos penais em comento não se confundem exigindo condutas distintas:

A diferença entre contrabando e descaminho reside em que no primeiro a mercadoria é proibida; no segundo, sua entrada ou saída é permitida, porém o sujeito fraudula o pagamento do tributo devido.” (JESUS, Damásio, Direito Penal: parte especial, 4. v., 12 ed., Saraiva: 2002, pp. 237- 238).

O Supremo tribunal Federal, por meio do Ministro Gilmar Mendes, na análise de *habeas corpus* impetrado em favor de os pacientes que foram condenados pela prática do delito de contrabando, haja vista terem sido surpreendidos em posse de cigarros de origem estrangeira desacompanhados da regular documentação, assim se manifestou:

No ponto, cumpre destacar as diferenças entre os tipos objetivos do contrabando e do descaminho. Enquanto o contrabando corresponde à conduta de importar ou exportar mercadoria proibida, o descaminho corresponde

à entrada ou à saída de produtos permitidos, todavia elidido, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou de imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo da mercadoria.” (HC 110.964/SC, Relator: GILMAR MENDES, 07/02/2012, STF).

As distinções entre os institutos não encerram por aí.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal havia se fixado pelo entendimento da aplicabilidade do “princípio da insignificância” como excludente da tipicidade para os crimes de descaminho quando o valor do tributo suprimido não ultrapassasse o valor de R\$ 10.000,00 previsto no artigo 20 da Lei 10.522/02. Entretanto, segundo o STF, tal entendimento não é aplicável ao crime de Contrabando, eis que não se trata de supressão de tributos, confira-se:

Traçadas essas premissas, cabe aqui uma indagação: Levando-se em conta a jurisprudência firmada pelo STF no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, quando o valor sonegado não ultrapassar o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), poder-se-ia aplicá-lo também aos casos a envolver o delito de contrabando? Entendo que não. Explico. (...)

Nesse diapasão, ressalto que, no delito de contrabando, o objeto material sobre o qual recai a conduta criminosa é a mercadoria proibida (proibição absoluta ou relativa). Em outras palavras, o objetivo precípua dessa tipificação legal é evitar o fomento de transporte e comercialização de produtos proibidos por lei. (...)

Assim, não se cuida, tão somente, de sopesar o caráter pecuniário do imposto

sonogado, mas, principalmente, de tutelar, entre outros bens jurídicos, a saúde pública. (HC 110.964/SC, Relator: GILMAR MENDES, 07/02/2012, STF).

Ademais o crime de Descaminho possui como condição o prévio lançamento do tributo suprimido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. CRIME MATERIAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA. NECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o raciocínio adotado pelo Supremo Tribunal Federal relativamente aos crimes previstos no art. 1º da Lei n.º 8.137/90, consagrando a necessidade de prévia constituição do crédito tributário para a instauração da ação penal, deve ser aplicado, também, para a tipificação do crime de descaminho. Precedentes. 2. Embora o crime de descaminho encontre-se, topograficamente, na parte destinada pelo legislador penal aos crimes praticados contra a Administração Pública, predomina o entendimento no sentido de que o bem jurídico imediato que a norma insere no art. 334 do Código Penal procura proteger é o erário público, diretamente atingido pela evasão de renda resultante de operações clandestinas ou fraudulentas. 3. O descaminho caracteriza-se como crime material, tendo em vista que o próprio dispositivo penal exige a ilusão, no todo ou em parte, do pagamento do imposto devido. Assim, não ocorrendo a supressão no todo ou

em parte do tributo devido pela entrada ou saída da mercadoria pelas fronteiras nacionais, fica descaracterizado o delito. 4. Na espécie, confirmou-se a ausência de constituição definitiva do crédito tributário, uma vez que ainda não foram apreciados os recursos administrativos apresentados pela defesa dos recorrentes. Dessa forma, não é possível a instauração de inquérito policial ou a tramitação de ação penal enquanto não realizada a mencionada condição objetiva de punibilidade. 5. Recurso ordinário que se dá provimento a fim de extinguir a Ação Penal n.º 5001641-71.2010.404.7005, da Segunda Vara Federal da Subseção Judiciária de Cascavel, Seção Judiciária do Paraná. (RHC 31368 / PR, Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma, 08/05/2012).

Como a supressão do tributo não é o elemento do tipo contrabando, mas sim o ingresso da mercadoria proibida, tal entendimento também não é aplicável.

De forma a melhor evidenciar a distinção entre os tipos penais, a Lei 13.008 de 26.06.2014 promoveu alteração do artigo 334 e introduziu o artigo 334-A, nos seguintes termos:

#### **Descaminho**

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria ([Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014](#))

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. ([Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014](#))

(...)

#### **Contrabando**

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: [\(Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014\)](#)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. [\(Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014\)](#)

(...)

Percebe-se que ao contrário do crime de descaminho, para o qual a pena de 1 a 4 anos foi mantida, a pena do crime de contrabando foi majorada para 2 a 5 anos impedindo a aplicação da suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95, destinada tão somente aos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano.

Assim, enquanto para o crime de Descaminho é possível a suspensão condicional do processo, haverá maior rigor na punição daqueles que cometem o crime de Contrabando importando ou exportando mercadoria proibida.

Por fim, como bem observa Marcelo Ludolf<sup>[1]</sup>:

Outra alteração bem vinda, que reforça o descompasso histórico da redação anterior, é a inserção dos termos “marítimo” e “fluvial” no § 3º do referido artigo 334, uma vez que as formas de transportar as mercadorias foram aprimoradas e essas previsões não se encontravam contempladas na redação anterior, que era restrita à conduta delituosa praticada em transporte aéreo, o que ensejava inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, notadamente porque o Direito Penal é rígido pelo princípio da tipicidade cerrada.

### **3. CONCLUSÃO.**

Diante do exposto, é possível concluir que, embora atentem contra a Administração em geral e tenham sido tratados historicamente no mesmo artigo e com a mesma pena, os crimes

de contrabando e descaminho possuem distinção profunda, impedindo o mesmo tratamento jurisprudencial e legal, culminando com a alteração do artigo 334 e seu desmembramento com a inclusão do artigo 334-A no Código Penal, pela Lei 13.008/14.

#### **4. REFERÊNCIAS.**

1. <http://www.stf.jus.br>
- 2.. <http://www.stj.jus.br>
3. <http://www.planalto.gov.br>
4. <http://www.conjur.com.br>

NOTAS:

**[1] A alteração do art. 334 do Código Penal advinda da lei 13.008/14 - Combate ao contrabando e fortalecimento da economia formal,**(<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203961,41046-A+alteracao+do+art+334+do+Codigo+Penal+advinda+da+lei+1300814+Combate>), Acesso em 17 de setembro de 2015.

## A RESPONSABILIDADE DOS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS NOS CASOS DE FURTO, ROUBO, DANOS OU AVARIAS AOS VEÍCULOS DE CLIENTES OCORRIDOS NAS DEPENDÊNCIAS DE SEUS ESTACIONAMENTOS

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

Inicialmente, antes de adentrarmos ao tema propriamente dito, cumpre que façamos algumas considerações dentre as quais, a conceituação dos termos roubo, furto, avaria ou danos, sob a ótica legalista vigente.

Segundo o Código Penal, em seus artigos 155, 157 e 163, temos as seguintes conceituações, respectivamente:

### **Furto**

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

### **Roubo**

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

### **Dano**

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Desta feita, temos que nos casos em que a guarda do veículo seja transferida ao estabelecimento comercial, sejam estes supermercados, shoppings ou quaisquer outros congêneres, estes poderão ser responsabilizados judicialmente caso ocorra furto, roubo, danos ou avarias de quaisquer espécies nos automóveis estacionados em suas dependências.

Essa responsabilização dos estabelecimentos comerciais nos casos de furto, roubo, danos ou avarias dos automóveis estacionados em suas dependências se dá justamente por conta da transferência da custódia desses veículos no momento em que se estaciona nas dependências desses estabelecimentos comerciais, todavia, há que se caracterizar a guarda e não o depósito já que este último, é um contrato pelo qual uma pessoa entrega uma coisa móvel a um determinado depositário a fim de que este a conserve e depois a restitua, diferentemente do que acontece com o depositário, que possui completa disponibilidade sobre a coisa.

Só caracterizaria o depósito do veículo se o seu proprietário entregasse as chaves ao estabelecimento comercial, o que não ocorre na maioria dos estacionamentos ofertados pelos muitos estabelecimentos comerciais pátrios, descaracterizando assim, o depósito.

Também é muito comum ao adentrarmos esses estacionamentos ofertados pelos estabelecimentos comerciais avisos de isenção de responsabilidade destes por quaisquer danos ou subtrações dos veículos ali estacionados, entretanto, não existe respaldo jurídico nenhum que exima essa responsabilidade dos estabelecimentos comerciais com a fixação desses informativos, vez a transferência da guarda se consumir no exato momento em que o veículo é estacionado nas dependências desse estacionamento, persistindo sim o dever de indenização nos casos de danos, furtos e roubos, ainda que o estacionamento seja gratuito,

uma vez que essa gratuidade é apenas aparente já que o cliente, ao estacionar seu veículo naquele estabelecimento comercial que oferece estacionamento, assim o fará com o único propósito de consumir produtos e serviços no interior de cada estabelecimento comercial, portanto, o valor do estacionamento já encontra-se embutido nos valores agregados ao produtos e serviços consumidos no estabelecimento.

Ressalta-se que só se configura a responsabilidade e o consequente dever de indenização dos estabelecimentos comerciais, nos casos em que há a entrega efetiva do bem ou a sua guarda de forma que sem a efetiva entrega do veículo, inexistente o dever de guarda, sendo essa a regra aplicável quanto aos estacionamentos fornecidos pelas universidades aos seus alunos, professores e funcionários, ou seja, se nesses estacionamentos inexistente vigilância, bem como controle de entrada e saída através de monitoramento e de emissão de ticket para tanto, não há que se falar em guarda, nem tampouco em responsabilização do estabelecimento comercial, sendo exatamente este, o entendimento adotado pela C. STJ.

Já nos casos em que o estacionamento conta com o serviço de manobrista ofertado pelo estabelecimento comercial para maior comodidade de seus clientes, não há que se falar em guarda, mas sim no instituto do depósito, acima elencado havendo que se falar em responsabilização do estabelecimento comercial, nos casos de danos, furtos ou subtração do veículo estacionado, ainda que esse serviço de manobrista e o estacionamento sejam gratuitos, vez que essa falsa gratuidade é aparente, como já anteriormente, nos moldes da jurisprudência pacificada do C. STJ.

Todavia, ressalta-se que nos casos em que o condutor venha estacionar nas imediações do estabelecimento comercial, confiando a guarda do seu automóvel aos chamados "flanelinhas", restar-se-á descaracterizada a guarda do

estabelecimento comercial e, de consequência, a sua responsabilização, sendo o mesmo aplicável aos postos de combustíveis e oficinas mecânicas, bastando para a caracterização da responsabilidade de indenizar, a efetiva entrega do veículo, ficando esta última, responsável até mesmo nos casos em que há assalto á mão armada por se tratar de um evento previsível já que as oficinas mecânicas guardam automóveis e demais objetos de valores.

Por derradeiro nos casos em que ocorra dano, furto ou roubo nas denominadas "zonas azuis", em que o condutor adquire mediante paga esses cartões que o autorizam estacionar seus veículos nessa áreas exploradas pelo município ou empresas permissionárias, estas serão responsabilizadas por se tratar de um serviço público prestado mediante remuneração, por força do artigo 37, parágrafo 6 da CF/88.